

J. rom. m.

424.2

J. rom. m.

424 f

Frang.

Die
**Haftung des Schuldners
für Dritte**
nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei

der juristischen Facultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

eingereicht und mit den beigefügten Thesen vertheidigt

am 24. Juli 1886, Mittags 12 Uhr

von

Christian Rang,
Landgerichts-Referendar zu Köln.

Bonn,

Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.

1886.

496 B



Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhalts - Übersicht.

I. Kapitel. Die Verbindlichkeiten, aus denen gehaftet wird.

§ 1. Allgemeines. S. 1.

Bestimmung der Grenzen der Arbeit. Darlegung, dass die Frage der Haftung für Dritte nicht nur in den Obligationen der Lehrbücher sich erhebt. S. 1—6.

§ 2. Einteilungen der Verbindlichkeiten in Bezug auf die Haftung für Dritte. S. 6.

Bekämpfung der Ansicht, dass auf den Unterschied von Obligationen auf Thun und auf Sachleistung hier etwas ankomme. Die Erfolgstheorie. Darlegung, dass in Betracht kommen nur Obligationen auf speziell bestimmte Sachen oder Thätigkeit, solche auf Leistung von *genus et universitas* nur, soweit sie ihnen gleichstehen. S. 6—14.

II. Kapitel. Die Personen und Sachen, für die gehaftet wird.

§ 3. Allgemeines. S. 15.

Darlegung der Bedeutung der Untersuchung. S. 15—16.

§ 4. Gibt es Stellvertretung in Erfüllung von Verbindlichkeiten? S. 16.

Die Frage wird verneint, damit zugleich eine Haftung des Schuldners für Schuld Dritter auf Grund der Vollmacht. S. 16—20.

§ 5. Wird für Gehülfen in Verbindlichkeiten auf Grund dieses Begriffs gehaftet? S. 20.

Eine entsprechende Anwendung der Haftung für Gehülfen in *contrahendo* ist ausgeschlossen. Die Schriftsteller, die von Gehülfen in Erfüllung von Obligationen sprechen, definieren nicht. Auf das „Helfen“ kommt es nicht an, vielmehr werden in Ansehung der Haftung den Gehülfen alle anderen Personen gleichgestellt. Bekämpfung der Ansicht, dass es Stellvertreter und Gehülfen in Ausübung eines Rechts gebe. S. 20—24.

§ 6. Steht die Beschädigung durch Sachen der durch Personen gleich? S. 24.

Allerdings. Es kommt nichts auf die rechtliche Stellung des schadenstiftenden Umstands an. S. 24—26.

III. Kapitel. Die Voraussetzungen der Haftung.

A. § 7. Die *culpa in eligendo et custodiendo*. S. 26.

Die herrschende Lehre, dass der Schuldner hafte nur wegen *culpa in eligendo* ist weder im allgemeinen auf den selbstverständlichen Willen der Parteien zu begründen, noch mit den Quellen zu vereinigen. Der erkennbar auf eine solche Haftung

gerichtete Wille ist jedoch maßgebend, so wenn der Schuldner Jemanden nur auszusuchen hat. Die culpa in custodiendo wird in den Quellen nicht erwähnt. Die Theorie selbst lässt den Schuldner zuweilen ohne Schuld haften. S. 26—36.

B. § 8. Die Haftung aus selbstverständlicher Assekuranz und auf Grund der Aufsicht. S. 36.

Beide Meinungen werden als nicht quellenmässig und dem Willen der Parteien nicht entsprechend bekämpft. S. 36—39.

C. Entwicklung und Begründung der Voraussetzungen.

I. § 9. Die These. S. 39.

Für Personen und Sachen, welche den Gläubiger geschädigt haben, haftet der Schuldner, insoweit er sie als Schuldner in Beziehung zum Gegenstand des Schadens gesetzt hat, als für eigene Schuld. S. 39.

II. Die Voraussetzungen im Einzelnen und der Beweis.

§ 10. Die Voraussetzungen in der Person des Schuldners. S. 39.

Die Beziehung muss der Schuldner in Ausführung oder Ausübung seiner Obligation herbeigeführt haben. Gleichgültig ist, ob er die Dritten annehmen musste oder nur durfte. Bei Personen und bei Sachen, welche thätig werden sollen, darf die angewiesene oder zugelassene Tätigkeit den Rahmen der dem Schuldner selbst zustehenden nicht überschreiten. Bei Sachen im Beharrungszustande fällt dies Erfordernis fort. S. 39—42.

§ 11. Die Voraussetzungen auf Seiten der schadenden Person oder Sache. S. 42.

Bei Personen und Sachen, welche arbeiten, muss das schadende Ereignis durch ihre Thätigkeit hervorgerufen sein können und wirklich sein. Wirkung von dolus und casus. Culpa bei Personen und vitium bei Sachen. S. 42—48.

§ 12. Der Gegenstand des Schadens. S. 48.

Es kann der Schaden bestehen im Ausfall der Leistung und in der Beschädigung von Sachen. Das ist aber auch bei Haftung des Schuldners aus eigenen Handlungen der Fall. S. 48—54.

§ 13. Der Quellenbeweis. S. 54.

IV. Kapitel. Die Konstruktion der Haftung.

§ 14. S. 64.

Dass diese Haftung auf eigene culpa des Schuldners begründet wird, erklärt sich historisch. Dogmatisch ist sie ein Fall der Tragung des Zufalls. S. 64—72.

I. Kapitel. Die Verbindlichkeiten, aus denen gehaftet wird¹⁾.

§ 1. Allgemeines.

Die Frage nach der Haftung für Dritte ist nicht aus einem Gesichtspunkte zu entscheiden. Sie ist anders ge-

1) Die ältere Literatur ist recht unergiebig. Von der modernen sind anzuführen Ausführungen und Bemerkungen in den Lehr- und Handbüchern von Puchta (Vorlesungen § 302), Sintenis (II § 102), Brinz (I § 115 S. 503 cit. nach d. 1. Aufl.), Windscheid (II § 401 n. 5), Thöl (I § 86, cit. n. d. 4. Aufl.), Endemann (deutsches H.-R. § 152 n. 22), Dernburg (Lehrbuch des preuss. Privatrechts II § 68 n. 5), ferner in den Schriften von Hasse, (Culpa des röm. Rechts S. 408 fg.), Ihering (Schadensersatz bei nichtigen Verträgen in den dogm. Jahrb. IV S. 84, 85, das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 47), Baron (diligentia exactissima u. s. w. Civ. Arch. LII S. 44 fg.), Dankwardt (loc. cond. operis in den dogm. Jahrb. XIII S. 328), von Buchholtz (das Entstehen für den Zufall beim Verdingungsvertrage Ztsch. f. Civ. R. u. Proz. N. F. VIII S. 1 fg.), Bolze (Ueber den Zufall bei der Werkverdingung Civ. Arch. LVII S. 86 fg.), Löning (Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten), Mommsen, Friedr. (die Unmöglichkeit der Leistung insbes. S. 364 fg.), Windscheid (Besprechung des vorher genannten Werks in d. krit. Ztsch. f. d. gesamte Rechtswissensch. II insb. S. 138 fg.). Folgende Monographien sind mir bekannt geworden:

Ubbelohde, Wie weit haftet nach gemeinem Rechte der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? in der Zeitschr. für d. gesamte Handelsrecht VII S. 199 fg. Zwei Vorläufer dieser Arbeit von demselben Verfasser finden sich im Archiv für prakt. Rechtswissensch. VII S. 229 fg. und im Magazin für hannöverisches Recht IX S. 191 fg.

Burchardi, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861. Dazu eine Kritik in Schletters Jahrb. VIII S. 215 fg.

von Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht.

regelt, wenn zwischen der geschädigten und der haftenden Person kein obligatorisches Verhältniss besteht¹⁾, anders, wenn der Dritte bei der Schaffung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien beteiligt ist als Gehülfe oder Stellvertreter in contrahendo²⁾, anders, wenn zwischen der geschädigten und der haftenden Person schon eine fertige Obligation vorliegt, auf Grund deren gehaftet wird. Diese Arbeit wird sich nur mit der Haftung im letzten Falle befassen. Aber es sind noch weitere Einschränkungen zu machen. Nicht behandelt wird die Haftung auf Grund nicht eigener Obligation des Schuldners, also die Haftung gemäss den adjectivischen Klagen für

Zürich 1867, Kap. 3. Dazu die Kritik von Bechmann in der krit. Vierteljahrsschr. X S. 313 fg. und von Kuntze (Schletters Jahrb. XIII S. 97 fg.).

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, Ztsch. f. d. ges. H.-R. XVI S. 287 fg.; siehe auch desselben Verfassers *receptum nautarum* u. s. w. ebenda III, 3. u. 6.

von Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, insbesondere auch von der Haftung für Handlungen anderer, in der Ztsch. f. d. Priv.- und öff. Recht der Gegenwart IV S. 21 fg.

Wäntig, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach römischem, gemeinem, Königlich sächsischem und neuerem deutschen Reichsrecht, Leipz. 1875.

Im Jahre 1884 hat sich der deutsche Juristentag mit der Frage beschäftigt [Wieweit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? c. c. art. 1384]. Von den erstatteten Gutachten besprechen die von Dreyer und Leonhard auch das zeitige gemeine Recht. Referirt haben Jaques und Enneccerus. Die Commission hat — *de lege ferenda* — als These angenommen: „In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden.“ Die Verhandlung über die Haftung ohne obligatorisches Verhältniss zwischen dem Arbeitgeber und dem Geschädigten ist als über eine selbständige, noch nicht spruchreife Frage vertagt worden.

1) S. v. Wyss Kap. I, Wäntig, Dreyer §§ 8—10, 17—20, Leonhard Abschn. III und die Bemerkungen von Bernhöft in den Verhandlungen des Juristentags S. 121 c. c. art. 1384. Haftpflichtgesetz.

2) S. Mühlenbruch, Cession S. 73, Reyscher, Ztsch. f. deutsches Recht XIX S. 289 fg., Fuchs, civ. Arch. XLIII S. 94 fg., Bähr, dogm. Jahrb. VI S. 295, Bekker in seinem Jahrb. IV, Burchardi S. 35 fg., Hauser, Ztsch. f. d. ges. H.-R. XII 61 und vorzüglich Ihering, dogm. Jahrb. IV S. 83 fg., 106 fg., Windscheid, Pand. II § 309 A. 6, Mommsen, Friedr., Erörterungen aus d. röm. Obl.-R. 2. Heft S. 13 fg.

dolus und culpa, welche der Institor z. B. sich bei der Erfüllung seiner, allerdings auch den Prinzipal verpflichtenden Obligation hat zu Schulden kommen lassen¹⁾. Ferner wird nur der regelmässige Fall der Haftung für Dritte erörtert werden, nicht das receptum nautarum²⁾, die Haftung für die sogenannte technische custodia³⁾, die Haftung auf Grund besonderer Uebernahme durch Vertrag⁴⁾ oder wegen Handelns gegen Verbot⁵⁾. Auch wird nur von der Haftung des Schuldners die Rede sein, nicht auch davon, inwiefern der Dritte dem Schuldner oder dem Gläubiger haftet⁶⁾ und der Schuldner dem Gläubiger seine Ansprüche gegen den Dritten zu cediren hat⁷⁾.

Andererseits aber erhebt sich die Frage nach der Haftung für Dritte nicht nur in den Verhältnissen, welche unsere Pandektenlehrbücher unter dem Titel des Obligationenrechts darzustellen pflegen, vielmehr in jeder Obligation, d. h. sobald jemand in einer gewissen Weise zu handeln einem anderen gegenüber sich verpflichtet hat⁸⁾, sobald also nicht nur des-

1) S. Burchardi Kap. V Abschn. 1, von Wyss Kap. IV. Die Arbeit des letzteren ist in diesem Punkte grundlegend geworden.

2) S. Goldschmidt, das receptum naut. a. a. O. und die dort Angeführten, Exner, der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Ztsch. f. d. Priv.- u. öff. R. d. Gegw. X S. 497 fg., Dernburg, Begriff der höheren Gewalt eod. XI S. 335 fg., von Wyss S. 79 fg.

3) Windscheid, Pand. II § 264 A. 9 — von ihm stammt der Ausdruck — Baron's angeführte Schrift, von Löhr, Theorie der Culpa S. 72 fg. und vorzgl. Pernice Labeo II S. 339—360.

4) Windscheid a. a. O., § 384 n. 6, § 389 n. 11, § 401 n. 2, Goldschmidt receptum S. 104 fg., Verantwortlichkeit S. 326 fg., Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 273 fg.

5) Es kann das Verbot sich auch nur auf einzelne beziehen. S. überhaupt Burchardi Kap. II und auch VI, Ubbelohde's Gruppe IV, Goldschmidt, Verantwortlichkeit S. 298—320, Dreyer § 4, Enneccerus in den Verhandlungen des Juristentags S. 96.

6) Dem Gläubiger wird er zuweilen nach der lex Aquilia, dem Schuldner öfters auf Grund von Miete und Auftrag eintreten.

7) S. l. 20 § 3 neg. gest. l. 23 pr. pro socio, l. 11 pr. loc. Mühlenbruch, Cession 409—424.

8) Hinsichtlich des Begriffs des Forderungsrechts schliesse ich mich der herrschenden Ansicht an: s. Windscheid, Pand. II § 250, Arndts,

halb ein Anspruch wider ihn geht, weil er ein selbständiges Recht eines anderen objectiv verletzt hat¹⁾.. Es ist in der That nicht einzusehen, wie in der Verpflichtung des Diebes, für die Gehülfen einzustehen, welche die gestohlene Sache zurückbringen sollten und haben zu Grunde gehen lassen, das einen Unterschied begründen könnte, dass der Eigentümer den Dieb mit der *rei vindicatio*, der *condictio furtiva* oder einer Kontraktsklage belangt hat. Dagegen ist offenbar anders zu entscheiden, wenn die Sache beim gutgläubigen Besitzer durch Schuld seiner Leute zu Grunde ging²⁾.

Es ist hier natürlich nicht der Ort, im einzelnen nachzuweisen, wo eine solche selbständige Handlungspflicht besteht. Nur auf einige für unsere Frage besonders wichtige Anwendungsfälle mag hingewiesen werden. Die Jurisprudenz, welche an das *Sct. Iuventianum* anknüpft, hat die dinglichen Ansprüche gegen den dolosen oder sich in *male fide* befindenden

Pand. § 202 A. 1, 2, Sohm, der Begriff des Forderungsrechts in der Ztsch. für d. Priv.- u. öff. R. der Gegenw. IV S. 497 fg. und die von ihnen Angeführten. Gegen diesen Begriff des Forderungsrechts opponiren insbesondere Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (S. 45 fg.) und Hartmann, die Obligation, Unters. über ihren Zweck und Bau. Gegen ersteren ist zu bemerken, dass die Vollstreckung einer Obligation nicht deren Inhalt wiedergibt, sondern, nachdem die Leistung nicht erfolgt ist und mangels des Willens des Schuldners oder in Folge eines Fehlers desselben nicht erfolgen kann, einen möglichst befriedigenden Ersatz. Über die Zahlung Dritter später. Hartmann's Auffassung berührt das Thema nicht. Eine auf sie sich stützende Begründung der Haftung für Gehülfen durch Enneccerus wird später besprochen werden.

1) Der obligatorische Gläubiger hat nur ein Recht darauf, dass der Schuldner handele. Gerade dieses Recht fehlt dem, welchem nur ein dinglicher Anspruch zusteht. Die Ausführung von Brinz, kritische Blätter S. 8 beruht auf einer Verwechselung von Obligation, ihrem Inhalte nach betrachtet, und Obligation, als Vermögensobject angesehen. Dass die Obligation als solches im römischen Rechte betrachtet worden sei, leugnet Delbrück, die Übernahme fremder Schulden S. 10, aber gegen l. 1 pr. d. c. s. c., s. auch l. 4, 23 V. S., l. 1 § 1 de div. rer., Cai. ep. II 1 § 2, Brinz, Pand. § 89, § 125 S. 536, Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 86, Kuntze, Obligation u. Singularsuccession S. 17.

2) Das ergibt schon die Analogie der Nichthaftung für eigene culpa.

den possessor und fictus possessor zu Obligationen umgearbeitet¹⁾. Der Prozessbeginn und das Urteil schaffen in jedem Falle eine Obligation unter den Parteien²⁾. Mit jeder nicht definitiven Uebertragung des Besitzes oder eines dinglichen Rechtes ist notwendig eine Realobligation verbunden³⁾.

1) l. 41 de adm. et per. tut., Coll. I, 9, 1, Cod. Greg. XIV ad leg. Corn. de sic § 2, Cic. ad Att. XI, 24, 1, Ihering, Schuldmoment S. 28, Neuner a. a. O. S. 183, 187.

2) a. l. 3 § 11 de pecul., l. 22 de tutelae s. auch l. 83 § 1 V. O., c. 13 § 3 de iudiciis, deutsche C.-P.-O. § 51 und Begründung des Entwurfs S. 74 [von Hahn, Mat. S. 167]; b. l. 4 § 7 de re iud., l. 6 § 3 eod., l. 8 § 3 de nov., l. 3 § 11 cit. de pecul., c. 3 de usuris rei iud. Weitere Stellen s. bei Windscheid Pand. I § 124 n. 1. Danach nennen unzweifelhaft die Quellen den Prozessbeginn und das Urteil ein contrahere. Aus ihrer Auffassung ziehen sie auch praktische Folgen (von Savigny, System des heut. Röm. Rechts VI S. 411, Cohnfeldt, Lehre vom Interesse S. 214, Mommsen Erörterungen I S. 4). Es liegt kein Grund vor, in den angeführten Stellen mit contrahere einen besonders weiten Sinn zu verbinden. Von unerlaubten Handlungen gebraucht heisst contrahere zwar oft „begehen“ — l. 1 de legibus, l. 2 § 2 de c. ob turp. c., l. 15 de don., l. 31 § 4 eod., l. 16 § 1 de his quae ut indignis, l. 40 § 8 ad leg. Iul. de adult. vergl. l. 57 de adm. et per. tut. —, aber vom dolosen Verletzer dinglicher Rechte heisst es nicht dolum, sondern dolo contraxit [l. 41 cit. de adm. et per. tut. vergl. l. 8 pr. de publ., l. 30 § 2 neg. gest.] und auf die Prozessobligationen findet diese Bedeutung gewiss keine Anwendung. Dass das contrahere sich nicht auf die sog. Prozessnovationen bezieht, ergibt das „eremodiciu contrahitur“ der c. 13 § 1 cit. de iudiciis; denn dies hat nie novirend gewirkt. Im Prozessbeginn und Urteil einen Contract der Parteien zu sehen, lag den Römern um so näher, als ihr alter Prozess sich in der That aus einer Anzahl civiler Rechtsgeschäfte zusammensetzt.

3) Sie werden passend „notwendige Realobligationen“ genannt. Es leuchtet ein, dass das Verhältnis zwischen Eigentümer und Niessbraucher bestimmt wird lediglich durch des Eigentümers obligatorisches Recht, nicht durch das schwerfällige Mittel der dinglichen Klage. Ganz unentbehrlich war die Annahme einer solchen Realobligation, wo es sich um translativ Rechtsübertragung ad interim handelte; so haben denn auch die Römer in dem Darlehen, der fiducia, der datio dotis, dem Niessbrauch an Verbrauchlichkeiten stets mit dem dinglichen das obligatorische Moment verbunden. [Umgekehrt hat zuweilen auch der neue Eigentümer ein Realforderungsrecht, so der Erwerber ex mancipatione die actio autoritatis: Bechmann, Kauf I S. 102 fg.]. Dasselbe gilt von der constitutiven nicht endgültigen Rechtsübertragung, s.

Die Quellen besprechen dann auch die Haftung in diesen Verhältnissen in gleichem Sinne, wie beispielsweise bei Commodat und Miete¹⁾.

§ 2. Einteilungen der Verbindlichkeiten in Bezug auf die Haftung für Dritte.

Es fragt sich aber, wenn an und für sich auch in jeder Obligation die Haftung für Dritte gedacht werden kann, ob nicht der besondere Inhalt einzelner Obligationen oder Obligationsgattungen es bewirkt, dass ohnehin für jeden Schaden oder wenigstens schlechthin für gewissen Schaden eingestanden wird, gleichviel ob gerade Dritte, insbesondere Gehülften den Schaden angerichtet haben, ferner, ob nicht auf Grund des verschiedenen Inhalts in gewissen Obligationsskategorien ein verschiedenes Prinzip für die Haftung für Dritte anzunehmen sei.

Das letztere hat man behauptet auf Grund der Einteilung der Verbindlichkeiten in solche auf Sachleistung und auf Thun²⁾. Bei Obligationen auf Sachleistung soll die Verpflichtung des Schuldners einen so anderen Charakter tragen, als bei denen auf Thun, dass auch das Prinzip der Haftung für Dritte in beiden verschiedene Gestaltung erhalte³⁾.

Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen S. 62, 63; so ist mit der Einräumung des Faustpfandes der *contractus pignoratitius*, mit der der Emphyteuse der *emphyteuticarius*, mit der der Superficies die Miete verbunden. Bei beiden letztern ist historisch freilich das obligatorische Verhältnis das prius. Das verschlägt aber nichts für die dogmatische Behandlung. Die Differenzierung von Obligation und dinglichem Recht ist ja heute auch fortgefallen (s. Ihering, Geist des röm. Rechts III S. 130).

1) l. 16 § 1 R. V., l. 65 pr. de usufr. Sie werden auch von allen Schriftstellern mit interpretirt. S. auch Mommsen, Erört. I S. 134, Windscheid, Pand. I § 43 A. 4, § 5 I. de exc., § 17 I. de act., l. 20 de iudiciis.

2) Savigny, Obligationen-Recht I § 28 S. 297: „Geben und Thun“.

3) Von dieser Einteilung nehmen ihre Disposition her Burchardi und Mommsen, Unmöglichkeit [nachfolgende]. Allein während letzterer darum die Untersuchung der einzelnen Obligationen nicht unterlässt, verfährt Burchardi ganz schematisch. Er findet, dass alle Obligationen auf Sachleistung gehen auf Überlieferung, custodia oder Anfertigung und leitet aus der Verschiedenheit dieser Thätigkeiten wieder verschie-

Allein für unsere Frage ist diese Einteilung der Obligationen wertlos. Es ist ja der Unterschied von dare, facere und praestare durchaus quellenmässig¹⁾. Aber er deckt sich nicht mit dem ersteren. Dare heisst ein dingliches Recht bestellen, facere begreift jede sonstige Handlung unter sich, auch Tradition²⁾. Andererseits enthält jedes dare wieder ein tradere, also Thun³⁾. Zwar hat dare auch eine weitere Bedeutung gehabt und in diesem Sinne möchte man es als mit den Obligationen auf Sachleistung identisch nehmen⁴⁾, aber es verliert eben mit diesem weiten Sinne sofort alle juristische Bestimmtheit⁵⁾, und ohne dass sich eine Grenze festsetzen liesse, ergreift das dare auch Leistungen, die nach obiger Unterscheidung reines Thun wären, insbesondere Dienstleistungen⁶⁾.

Eine Einteilung der Obligationsarten wird aber dadurch überhaupt nicht gegeben, dass die Leistung im Verschaffen einer Sache oder im blossen Arbeiten besteht. Denn die meisten Obligationsarten können den einen Inhalt so gut haben, wie den andern. Der Dienstmann, der mir meinen Koffer in den Gasthof tragen soll und unterwegs hinfallen lässt, und der Dienstmann, der mir die Stiefel wischen soll und meine Hose beschmutzt, sie beide unterliegen denselben Regeln der

dene Regeln für die Haftung für Gehülfen ab, willkürlich und gegen l. 20 § 2 praescr. verb. [custodiendum perferendumve]. Die Einteilung ist zudem praktisch unmöglich.

1) l. 3 pr. O. et A., Marezoll, Über dare, facere, praestare, Ztsch. für Civ.-R. u. Proz. X S. 219 fg., Savigny a. a. O. S. 297 fg.

2) l. 218, 175 V. O. Daher die intentio nicht ging auf facere, sondern auf dare facere, Marezoll a. a. O. 258, Savigny a. a. O., Puchta Institutionen II S. 111.

3) Marezoll S. 252 und die dort angeführten Stellen.

4) Savigny S. 300, Marezoll S. 226 fg., l. 3 pr. de usufructu. Weitere Stellen bei Marezoll.

5) Wie z. B. in l. 5 § 4 praescr. verb. das Erbauen und Überliefern eines Hauses als facere bezeichnet wird, trotzdem in den §§ vorher dare das einfache Gegenstück zum thatsächlichen accipere darstellt (§ 1 eod.).

6) l. 18 pr. de op. lib., l. 25 praescr. verb., Gai. III § 162, Windscheid, Pand. II § 252 A. 4, Moritz Voigt, ius naturale III S. 985 A. 1524. — In bonae fidei iudiciis bildet dare und facere überhaupt keinen Gegensatz. Marezoll S. 303.

Miete. Und doch müsste erstenfalls eine Sache, im zweiten Falle ein Thun als Leistungsgegenstand¹⁾ angenommen werden.

Allerdings ist es nicht unwesentlich, ob durch die Handlung Dritter eine Sache des Gläubigers beschädigt worden oder die Leistung des Schuldners ausgefallen ist. Gleichgültig freilich ist, ob dieser Ausfall der Leistung etwa durch Zerstörung einer Sache herbeigeführt worden ist, mit oder an welcher oder durch welche die Leistung zu vollziehen war. Wichtig ist vielmehr nur, dass, wiewohl die Leistung durchaus richtig erfolgt ist, doch der Schuldner weiter haftet, weil Sachen des Gläubiger beschädigt worden sind, deren Dasein und Unversehrtheit keine Voraussetzung der Leistung bildet. Allein hier liegt keine Verschiedenheit der Haftung vor in Folge der Verschiedenheit zweier Obligationen, sondern in Folge einer zwiefachen Tendenz der einen Obligation, und es gehört die Untersuchung mithin nicht in dies Kapitel [§ 12].

Man hat weiter behauptet, der Inhalt der *locatio conductio operis* — zuweilen hat man auch die weitere Kategorie der *obligatio operis* zu construiren versucht²⁾ — ergebe von selbst die Haftung für Gehülfen³⁾. Denn der *redemptor*

1) Es ist zu unterscheiden zwischen Gegenstand der Obligation — das ist die geschuldete Handlung, z. B. das *habere licere*, *uti frui licere* bei Kauf und Miete, — und Gegenstand der Leistung — d. i. dasjenige, was durch die Handlung der Gläubiger erhält, *mercem*, *insulam*. Zuweilen erhält er nur eine Handlung, z. B. *operas*, dann ist als Leistungsgegenstand die Handlung anzunehmen, aber als Vermögenswert, nicht als *solutio* betrachtet. — S. zu diesem Gegensatze Windscheid, *Pand.* § 251 A. 1.

2) So Burchardi und de lege ferenda Dreyer S. 67. Danach ist die Restitution der hinterlegten Sache die Bewirkung eines Erfolges. Soll die Gesellschaft zu den Obligationen auf *opus* oder *operae* gehören?

3) Puchta § 365, Burchardi a. a. O., Leonhard S. 341, Dreyer S. 65 fg., Jaques S. 91 der Verhandlungen. *Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts* Bd. XIII S. 76, des Reichsgerichts, abgedruckt in der *Hanseatischen Gerichtszeitung* 1882 S. 112. Die bezeichnete Auffassung von der *loc. cond. operis* teilen noch Mommsen, *Unmöglichkeit* S. 79, Windscheid, *Pand.* II § 399 zu n. 6, Degenkolb, *Platzrecht und Miete* S. 130 und Dankwardt a. a. O. für die von ihm so getaufte *Entreprise* (*promissio operis*), die das ist, was andere gerade *loc. cond. operis* nennen. Bei seiner *loc. cond. operis* dagegen findet er als Obligationsgegenstand ein „Arbeitsquantum“. M. E. richtigerer Ansicht Wind-

verspreche nicht diese und jene Thätigkeit, welche ein gewisses Resultat erzielen solle, sondern er verspreche den Erfolg selbst, und die Handlungen, durch die allein er herbeizuführen ist, seien nicht unmittelbar Obligationsgegenstand. Oder wenigstens seien nicht nur seine Handlungen Gegenstand der Obligation, vielmehr habe er zu leisten einen durch seine und seiner Arbeiter Thätigkeit zu erzielenden Erfolg. Weil er mit Arbeitern ein untadeliges Werk zu leisten habe, hafte er für die culpa der Arbeiter.

Allein die locatio conductio operis hat diesen Inhalt gar nicht. Man beruft sich auf die gerundivische Form der Abrede¹⁾. Aber in einer sehr grossen Anzahl von Stellen findet sich die Verpflichtung aktivisch ausgedrückt, ohne dass an eine ausnahmsweise bloss eigene Thätigkeit gedacht werden könnte²⁾. Es ist auch nicht einzusehen, wie ein solcher Vertrag fast ohne Abweichung denselben Regeln hätte unterworfen werden können, wie die Sachmiete und die locatio conductio operarum³⁾.

scheid in d. krit. Ztsch. f. d. ges. Rechtswiss. II S. 141, Goldschmidt, Verantwortlichkeit S. 360, Brinz, Pand. I S. 505.

1) Leonhard a. a. O.

2) Ulp. fragm. III § 6, VI § 15, Cod. Theod. XV 1 c. 34, l. 2 § 1 loc., l. 30 pr., l. 60 § 4, l. 62 eod., § 2, 4 I. eod., l. 5 nautae, l. 10 § 1 quib. mod. ususfr. amitt., l. 27 § 29 ad leg. Aqu., l. 5 § 3 de his qui eff., l. 5 § 7 comm., l. 40 pr. C. E., l. 6 praescr. verb. l. 61 R. I., l. 80 § 1 ad leg. Falc., l. 13 § 7 quod vi, l. 2 § 8, § 37 ne quid in loc. publ., l. 84 V. O., l. 44 de fideiuss., l. 31, l. 98 § 8 de sol. und gerade in den uns erhaltenen Verträgen selbst: lex parieti fac. Puteol. [Bruns fontes S. 192]; Cato de r. r. c. 144 fg. Wie wenig Gewicht auf die passivische Konstruktion zu legen sei, ergibt auch l. 72 pr. V. O. [faciendum aliquid stipulatus utputa fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari — die Emendation von Ubbelohde, Lehre von den unteilb. Obl. S. 40 A. 7, ist diplomatisch haltlos], l. 12 § 3 dep. [dari-reddere]. So wird in § 13 I. de mand. die gerundivische Form auch für den Fall genommen, dass die Obligation, weil unentgeltlich, als Mandat zu behandeln ist. S. zu dem allen Enneccerus a. a. O. — Über das ἀποτέλεσμα der l. 5 § 1 V. S. siehe unten.

1) l. 72 V. O., l. 60 § 7 loc. [wo Goldschmidt a. a. O. 306 auch für den Fall der Vermietung des Sklaven durch den Herrn eine l. c. operis annimmt, s. jedoch auch S. 292, dagegen mit Recht Leonhard S. 360]. Die bei der loc. cond. operarum zu leistenden Dienste werden

Nimmt man an, dass pure der Erfolg geschuldet werde, so müsste der redemptor auch für casus haften, sofern dieser nur keine Unmöglichkeit der Leistung begründete¹⁾. L. 25 § 7 loc. beschränkt aber die Haftung des Frachtführers auf culpa seiner Gehülfen; er haftet nicht, wenn ein Träger Krämpfe bekommt und die zu tragende Säule von den andern nicht mehr gehalten werden kann, zu Boden fällt und zerbricht, wofern ihn nur nicht selbst Schuld trifft. Nimmt man die Thätigkeit der Arbeiter in den Inhalt der Obligation auf, so widerspricht man dem Willen der Parteien. Denn es wird zwar jedermann sich bewusst sein, dass der redemptor das aufzuführende Haus nicht allein baut, aber wer denkt daran, ob der zur Ausfahrt bestellte Wagen vom Eigentümer oder einem Anderen kutschiert wird? Für den Begriff der locatio conductio operis kommt nichts darauf an, wer sich der Verrichtung des opus unterzieht.

Eine neue Meinung²⁾ geht denn auch von diesem Satze aus, wendet ihn aber dahin, dass bei der locatio conductio operis nichts darauf ankomme, wer leiste, Herr oder Gehülfe. Man könne haften „für eine Leistung, welche in persönlicher Hinsicht gar nicht bestimmt ist, sondern durch irgend Jemand, eine unbestimmte Person vorgenommen werden soll“³⁾, nach

zuweilen opera (Plur.) genannt: Ulp. fragm. XIX § 21, C. Theod. XV 1 o. 19, oder als auf ein opus zu verwendende bezeichnet: die Urkunden 1 und 3 bei Bruns, fontes, loc. operarum. Umgekehrt wird in § 4 I. de loc (Gai. III 147) eine loc. operis ausdrücklich loc. cond. operae genannt, s. auch l. 22 § 2 loc. und die übrigen bei Degenkolb a. a. O. S. 23 angeführten Stellen, sowie l. 1 § 4, l. 4 § 1 si mensor in Verbindung mit lex agr. 98. Vergleiche zum Ganzen Geller in d. Ztsch. für d. Priv.- u. öff. R. der Gegenwart V S. 324—327, Enneccerus S. 101. Über die Umkehrung der Personenbezeichnungen bei den beiden Arten der Arbeitsmiete s. Mackeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts I § 375, Pernice Labeo I S. 469, Degenkolb a. a. O., Bechmann, Kauf I S. 428, 433 fg., Donellus, comm. XIII c. 6 § 5.

1) Zudem aber: die vom redemptor zu leistende Thätigkeit ergibt oft gar keinen „Erfolg“, kein „Resultat“. In vielen Städten haben bezahlte Unternehmer auf eine Reihe von Jahren oder gar auf unbestimmte Zeit das Reinigungswesen übernommen. Was ist nach Ablauf der Frist oder nach der Kündigung des Vertrags das Resultat?

2) Enneccerus in seinem Referat.

3) Das. S. 103. Seine Konstruktion haben acceptirt Leonhard in den Verhandlungen S. 112, Bernhöft daselbst S. 121.

des Schuldners Auswahl. Es soll hier unerörtert bleiben, ob denn wirklich es eine Obligation ohne bestimmte, auch der Person nach bestimmte, Handlungspflicht gebe: jedenfalls müsste dann der Schuldner auch für den dolus der von ihm ausgewählten handelnden Personen haften und das thut er den Quellen nach zuweilen nicht¹⁾.

Auf die Behauptung also, dass, wer ein opus versprach, einen Erfolg, eine von der handelnden Person einstweilen abstrahierende Leistung versprach, darf man die weitere nicht gründen, dass der redemptor für seine Gehülfen hafte.

Dagegen ist anzuerkennen, dass die Verschiedenheit im Inhalte der Obligationen, welche sich gründet auf die Bestimmung des Leistungsgegenstandes als species genus, und universitas, auch die Frage der Haftung für Dritte ergreift. Insoweit nämlich die Obligation auf eine generisch bestimmte Leistung durch den Fortfall von Gegenständen nicht berührt wird, die zur Leistung bestimmt und tauglich waren²⁾, insoweit steht natürlich der Schuldner auch für die Dritten ein, die jenen gewollten Leistungsgegenstand zerstört haben. Und insofern es für den Begriff der Gesamtheit gleichgültig ist, ob einzelne Teile oder Bestandteile weggefallen sind, entweder weil der Rest doch noch als intakte universitas gilt oder weil der Schuldner eben als Schuldner einer universitas verpflichtet ist, für die verlorenen neue Stücke zu geben, bis sich der Begriff der Gesamtheit wieder erfüllt³⁾, insofern ist es wiederum

1) S. l. 5 § 13 comm., l. 16 dep. Es ist weiter gegen Ennecerus die spätere Behauptung in's Feld zu führen, dass es für die Haftung nicht darauf ankommt, ob die schadende Person dem Schuldner geholfen hat.

2) Also insoweit genus non perit.

3) Der Theatergast vermisst in der Vorstellung seine Lieblingsarie; nichts destoweniger ist die angekündigte Oper gegeben worden. Es wird ein ganzer Akt ausgelassen: die Direktion hat nicht erfüllt und es ist ganz gleichgültig, ob der Akt ausfiel, weil die Schauspieler sich weigerten, ihn zu spielen oder weil die Direktion nicht über die nötige Anzahl von Schauspielern verfügte. In dem Hause, das zu bauen ich unternommen habe, sind einige Fensterscheiben entzwei. Ich muss neue einsetzen lassen, mögen nun meine Arbeiter, Strassenjungen oder der Wind die alten Scheiben zertrümmert haben. [Nur darf nach der Ansicht Vieler das Haus noch nicht fertig gewesen sein: l. 36 loc. und Mommsen, Unmöglichkeit S. 371 fg.]. Dem Subscri-

gleichgültig, ob Gehülfen oder wer sonst die Beschädigung, das Abhandenkommen verursacht haben. Die Frage nach der Haftung des Schuldners für Gehülfen erledigt sich nach eigentümlichen Regeln nur in den Obligationen auf Leistung einer speziell bestimmten Sache oder Handlung, in den auf genus und universitas gerichteten Obligationen jedoch auch insoweit, als diese von der Spezies-Obligation sich nicht unterscheiden¹⁾.

Das Gesagte gilt von Obligationen auf Thun nicht minder, als von solchen auf Sachleistungen²⁾. Es gilt insbesondere auch von der Gesamtheit, nicht nur von der Gattung³⁾.

benten auf ein Lieferungswerk muss der Buchhändler die ausgebliebene einzelne Lieferung nachliefern ohne Rücksicht auf den Grund, weshalb der Subscribent sie nicht erhalten hat. — Siehe Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 317, Sintenis, Civilrecht I S. 438, Endemann, Wesen des Versicherungsgeschäfts in der Ztsch. für d. ges. H.-R. X S. 254—257.

1) Die universitas unterscheidet sich von der species dadurch, dass sie eben nur eine gedachte, keine wirkliche species ist. Insoweit es also nicht auf die wirkliche Beschaffenheit der universitas ankommt, also es sich z. B. nicht um Beschädigung, Besitz u. dergl., sondern z. B. juristische Konstruktion handelt, so steht die universitas der species ganz gleich. „Die Logiker sagen mit Recht, dass man beim Gebrauch der Urteile in Vernunftschlüssen die einzelnen Urteile gleich den allgemeinen behandeln könne“, Kant, Kritik der reinen Vernunft, Elem. L. II 1, 1, 1, 2, 1.

2) Auch auf die Obligationen auf Thun erstrecken die Einteilung nach species und genus: Savigny, Obl.-R. I § 39 S. 402, Ihering, dogm. Jahrb. IV. 5 S. 402—405. S. auch Bekker in seinem Jahrbuch des gemeinen Rechts V 17 S. 352, Girtanner, Bürgschaft II S. 325 und die Disposition Burchardis.

3) Über die universitas als Leistungsgegenstand, s. die in Anm. 3 S. 11 Genannten und Bechmann Kauf II § 210 II u. S. 137, über sie als Gegenstand von Besitz und dinglichen Rechten insbesondere Göppert, über einheitl., zusammengesetzte und Gesamtsachen S. 73 fg., Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 61 fg. Über den als Gattung bestimmten Leistungsgegenstand Savigny, Ihering, Bekker a. d. a. O. Sintenis, Civilrecht II § 83 S. 28, Windscheid II § 255 II, Mommsen, Unmöglichkeit I S. 337 fg., Regelsberger, Civ.-Arch. XLIX S. 183 fg., Fick im Archiv für deutsches Wechselrecht VIII u. IX, Windscheid, Heid. krit. Ztsch. II S. 137, Thöl, Handelsrecht I § 263 S. 856 fg., Goldschmidt, Handelsrecht I §§ 61, 62.

Beides erkennt die herrschende Lehre nicht an. Aber logisch ist die Einteilung als allgemeine begründet, entsprechend den Kategorieen der Einheit, Vielheit und Allheit. Das ist ja klar, dass eine unmittelbare Beziehung des Menschen nur zu einer speziell bestimmten Sache stattfinden kann, dass nur an ihr Besitz, ein dingliches Recht bestehen¹⁾, nur auf eine solche ein dinglicher Anspruch gehen kann. Aber in Obligationen kann der Leistungsgegenstand²⁾ in der dreifachen Weise bestimmt sein. Man muss nur in Rechnung ziehen, dass die *universitas* im Allgemeinen sich von der *species* nicht unterscheidet³⁾, und dass der Parteiwille keine *universitates* schaffen kann, der Verkehr aber nur wenige anerkennt⁴⁾. Ferner ist zu beachten, dass *species* und *genus* dem Wortsinne nach allerdings auf körperliche Sachen sich beziehen und deshalb nicht diese Worte auf die *obligationes faciendi* verwandt werden⁵⁾, wohl aber die Begriffe.

Die Quellen kennen die Bestimmung des Leistungsgegenstandes als *universitas* sowohl im Gegensatz zu *species*⁶⁾ als zu *genus*⁷⁾. Dass sie die Dreiteilung auch auf die Obliga-

1) Ihering a. a. O. S. 401. Deshalb kann nur mit *species* erfüllt werden. Ihering S. 384. A. M. Fick IX S. 376 fg.

2) Als *species*, *genus*, *universitas* wird der Leistungsgegenstand bestimmt. Einen „generischen Willen“ gibt es nicht. A. M. Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften S. 113.

3) So z. B. l. 29 pr. V. O.

4) Kierulff S. 319. Übrigens kann man auch nicht alles als *genus* schulden z. B. keine Madonnen von Rafael. A. M. Fick.

5) L. 54 pr. § 1 V. O.

6) In l. 68 § 2, 70 pr. § 3 de usufructu — siehe auch l. 34 pr. de pign. — wird eine Verpflichtung des Niessbrauchers anerkannt, den Bestand einer *universitas* zu wahren und eine solche dermaleinst herauszugeben, im Gegensatz zum *periculum* an den als einzelnen gegebenen Stücken Vieh. In l. 1 § 5 de dote praeleg. wird als Gegenstand der *relegatio dotis* der Gegenstand der *dotis actio* genannt und im § 4 wird bei der *dos* die *universitas* von den einzelnen Stücken unterschieden (s. auch l. 20 § 10 de her. pet.). — Nicht hiermit zu verwechseln ist die Bedeutung von *universitas* als Gegensatz von *pars* und *portio*: l. 30 fam. erc. l. 10 de leg. II, l. 2 § 6 pro emt.

7) l. 54 § 1 V. O. in Verbindung mit l. 80 § 1 ad leg. Falc. Am Schlusse ersterer Stelle wird auch von einer *stipulatio* über eine speziell

- tionen auf Thun anwenden, dafür dient als Beweis der Gegensatz von *locatio conductio operis* und *operarum*¹⁾. In beiden wird pacisziert über die als selbständige Vermögenswerte gedachten Kräfte eines Menschen²⁾; diese sind bei der *locatio conductio operarum* bestimmt der Gattung nach³⁾, bei der *locatio conductio operis* als eine Reihe von Kraftäusserungen zusammen, eine *universitas* von Thätigkeiten⁴⁾.

bestimmte Arbeit gesprochen und diese wieder der generisch bestimmten Thätigkeit bei der *locatio conductio operarum* entgegengesetzt.

1) Es ist ebensowenig zulässig, die *loc. cond. operis* als mit der *loc. cond. operarum* nicht zusammenhängend aufzufassen — so Degenkolb a. a. O. —, als in ihr nur eine durch Nebenvertrag modifizierte *loc. cond. operarum* zu erblicken — so Mackeldey a. a. O., Dankwardt, dogm. Jahrb. XIII S. 303. Auch Windscheid, krit. Ztsch. f. d. ges. Rechtswiss. II S. 141 trifft m. E. nicht ganz das Richtige.

2) Neuner a. a. O. S. 50.

3) L. 54 pr., § 1 V. O. [Julian!]. Dass von der *locatio conductio operarum* in diesem Punkte dasselbe gilt, wie von der *promissio operarum*, ist wohl nicht zu bezweifeln. Aus der generischen Bestimmung des Leistungsgegenstandes erklärt sich, dass nur *operae illiberales* und *locari solitae* vermietet werden können: die Thätigkeit eines gebildeten Geistes und aussergewöhnliche Thätigkeiten können eben nicht allgemein ihrer Gattung nach bestimmt werden, sind notwendig individuell und speziell. Auch heute gilt das Erfordernis der *operae locari solitae et illiberales*; nur sind viele geistige Arbeiten, zu denen das Gros der Gebildeten befähigt ist, banausisch, illiberal geworden. S. auch Windscheid, Pand. II § 404 A. 3.

4) l. 51 § 1 loc. „si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit“. Die Stelle spricht sich ex professo über den Begriff der *locatio conductio operis* aus und begründet auf ihn, als auf den der Verdingung einer Gesamtheit, den Satz, dass der Werkmeister nicht *arbitrio domini* zu handeln habe oder diesfalls wenigstens nicht für *bonitas* einstehe. S. Donellus XIII c. IX § 54. [Die *lex parieti fac. Puteol.* spricht zwar von einem *opus*, *arbitratu* der *locatores faciendum*, aber dieser *Arbitratus* bezieht sich teilweise auf einzelne besondere Handlungen z. B. Altarversetzung, teils stellt er sich nur als nachträgliche *lex contractus* dar, nicht als Disposition über die Art des Handelns, teils betrifft er nur die Approbation.] Consummare bedeutet nicht „vollenden“ in dem Sinn, dass damit lediglich der Erfolg bezeichnet würde, sondern „zur Vollendung bringen“, arg. l. 139 § 1 V. S., l. 80 § 1 ad leg. Falc. [wonach die *consummatio operis* die Herstellung derjenigen Form ist, welche den Begriff dieses Gebäudes erfüllt; s. auch l. 1 § 11 de op. nov. nunc.]. Im Worte

II. Kapitel. Die Personen und Sachen, für die gehaftet wird.

§ 3. Allgemeines.

Es ist erörtert worden, welche Verbindlichkeiten durch ihren Inhalt eine eigene Haftung des Schuldners für Gehülfen und andere Dritte ausschliessen. Es ist jetzt zuzusehen, ob nicht unter den „Dritten“ des Themas sich Personenklassen vorfinden, die in Folge eigentümlicher Stellung zum Schuldner diesen für ihre Handlungen auf Grund dieser Sonderstellung haftbar machen, oder ob die Haftung für alle diese Dritten auf demselben Prinzipie beruht.

Das französische Recht kennt bekanntlich eine solche Haftung auf Grund besonderer Beziehungen zwischen dem Haftenden und dem Schadenstifter, freilich auch nicht in schon bestehenden obligatorischen Verhältnissen, die *responsabilité*

consummatio selbst liegt schon der Begriff der Gesamtheit angedeutet: arg. c. 1 § 12, c. 2 § 8 de vet. iure enucl. — Nun wird allerdings in l. 5 § 1 V. S. nach Labeo als *opus* bei der Miete bezeichnet, quod Graeci 'ἀποτέλεσμα' vocant, non 'ἔργον', i. e. ex opere facto corpus aliquod perfectum. Es ist also danach jedenfalls Arbeit Inhalt auch der loc. cond. operis. Diese Arbeit soll aber ein körperliches Vermögensstück zuwege gebracht haben. Allein offenbar ist diese Definition zu eng; was soll z. B. beim Transportvertrag das aus dem *opus* entstandene corpus sein? Sie bezieht sich nur auf das Prototyp der locatio conductio operis, den Bauvertrag. Aber gerade dessen Object wird mehrfach von den Quellen *universitas* genannt — l. 7 § 11 de acqu. r. dom., l. 30 pr. d. A. v. A. P., l. 23 de usurp. et usuc., l. 8 quod vi — und der Schluss scheint nicht zu gewagt, dass, wenn das aedificium für den Besitzerwerb und Besitzschutz als *universitas* erscheint, es diesen Charakter auch habe als Leistungsgegenstand. Eine Andeutung dieser Konstruktion findet sich auch in dem [S. 8 A. 3 angeführten] Urteil des Reichsgerichts [„der conductor operis verpflichtet sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im Ganzen.“] — Im Übrigen gehört die Untersuchung, inwiefern *genus* und *universitas* den Charakter von Obligationsinstituten bestimmen, nicht in diese Arbeit. Nur sei bemerkt, dass z. B. *societas universorum bonorum*, allgemeines Mandat, *negotiorum gestio* und Tutel nicht auf Leistung einer *universitas* gehen. *Actio negotiorum gestorum*, Ausschluss der *compensatio lucri cum damno*, Rudorff, Recht der Vormundschaft III. S. 8—10.

der art. 1384—1386 des c. c. Dass diese Fälle nicht römisches Recht sind und insbesondere nicht in bestehender Obligation, bedarf keines Beweises¹⁾.

Dagegen ist mehrfach behauptet worden, wie es Stellvertreter und Gehülfen in contrahendo gebe und wie deren Schuld auf Grund der Vollmacht oder der Gehülfschaft den Schuldner verpflichte²⁾, so hafte auch bei der Solution der Schuldner für Personen, die er als Stellvertreter oder Gehülfen dazu verwandt habe. Es ist also zu untersuchen: Gibt es in diesem Sinne Stellvertreter und Gehülfen in solvendo?

§ 4. Gibt es Stellvertretung in Erfüllung von Verbindlichkeiten?

Ueber den Begriff der Stellvertretung bei Eingehung von Rechtsgeschäften herrscht leidliche Uebereinstimmung³⁾. Der Stellvertreter schliesst namens und anstatt des anderen⁴⁾

1) Auf die Haftung für den institor und magister navis auf Grund der praepositio und auf deren Inhalt kommt es hier nicht an. — Dreyer (§ 18) begutachtet für die Haftung ohne schon bestehende Obligation die praepositio eines dritten als allgemeines Prinzip.

2) Der Vertretene muss gegen sich gelten lassen Irrtum, Kenntnis, Zwang, Betrug, culpa in contrahendo [wenn man sie annehmen will] des Vertreters, sofern nur das Rechtsgeschäft zustande gekommen ist. S. auch Windscheid, Pand. I § 73 n. 17, 18.

3) Die Literatur s. bei Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 10—13, Windscheid a. a. O. S. 189. — Darüber, dass mit Rechtswirkungen es Stellvertretung nur in Rechtshandlungen gebe, ist kein Streit, s. Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte i. d. dogm. Jahrb. I S. 274, Scheurl, krit. Übersicht I S. 317, Savigny, Obl.-R. II S. 59, Laband, Stellv. nach dem allg. D. H.-G.-B. in der Ztsch. f. d. ges. H.-R. X S. 183, Zimmermann a. a. O. S. 14, auch Brinz Pand. I S. 1594. Ebensowenig ist aber zu leugnen, dass das Wort Stellvertretung und auch der Begriff, jedoch ohne Rechtswirkung, von tatsächlichen Verhältnissen gebraucht wird: Brinz a. a. O. S. 1595, Puchta, Pand. § 52, Scheurl a. a. O. S. 316. Keine Übereinstimmung herrscht darüber, ob die Wirkung nach aussen in den Begriff der Stellvertretung aufzunehmen sei; so Laband a. a. O. 193, dagegen Scheurl a. a. O. S. 319. Dagegen herrscht grosser Streit über die Konstruktion. Das interessirt aber hier nicht.

4) So oder ähnlich Ihering a. a. O. S. 274, Scheurl, dogm. Jahrb. II S. 19, Brinz, krit. Blätter II § 4, Bähr, Irrungen im Contr., dogm.

ein Rechtsgeschäft ab, und das moderne Recht verpflichtet den Vertretenen aus so geschlossenen Verbindlichkeiten mit allen durch den Willen des Vertreters gegebenen Modalitäten. Eine entsprechende Stellvertretung gibt es aber bei Erfüllung von Obligationen nicht¹⁾.

Bei Eingehung von Rechtsgeschäften ist des Schuldners Wille ungebunden. Der Schuldner braucht nicht zu wollen, kann, wenn er will, die Erklärung einem andern auftragen und kann selbst das Wollen einem andern überlassen, damit der es für ihn thue. Nun ist zwar die solutio auch ein Vertrag und es scheint demnach, als müsse es hier Stellvertretung so geben können, wie bei der Tradition und dem Contraktsabschluss. Aber sie ist doch ein ganz besonderer Vertrag; ihr Inhalt ist im voraus bestimmt, es steht im voraus fest, wer die Parteien sind, der Gläubiger hat ein Recht auf des Schuldners Vertragswillen, kurzum, sie ist nur ganz formell ein Vertrag; bildlich zu reden ist sie das Ausgangsthor, die Mündung eines obligatorischen Vertrages.

Weil der Gläubiger ein Recht hat auf die Leistung und zwar auf die concret bestimmte Leistung, also durch diesen Schuldner, deswegen kann der Schuldner sich keinen Vertreter bestellen, der für ihn mit liberatorischer Wirkung handelte. Das wäre ein seltsames Gegenstück zur Expromission²⁾. Vielmehr bedarf es durchaus des Einverständnisses des Gläubigers, damit der Schuldner durch den Dritten erfüllen könne. Wenn aber die Mitwirkung des Gläubigers erfolgt, so liegt nicht mehr Erfüllung auf Grund einer Stellvertretung vor, sowenig

Jahrb. VI S. 295 Windscheid Pand. I. S. 193 [hier insbes. über die Bedeutung des „namens“], Zimmermann a. a. O., Unger, Syst. des österr. allg. Privatrechts II S. 133.

1) Eine solche nimmt an Burchardi Kap. I, Dreyer [de leg. fer.] S. 94 fg., s. auch in den Verhandlungen S. 117. Dagegen Enneccerus das. S. 108 fg., Jaques S. 92. Nach Dreyer soll jeder „Arbeiter“ als [faktischer] Stellvertreter behandelt werden [mit juristischen Wirkungen].

2) Unerschrocken zieht diese Folgerung Burchardi S. 19 fg. Gegen ihn spricht u. a. auch l. 21 § 3 neg. gest; nach welcher der negotiorum gestor, der an einen Dritten die Geschäftsführung abgegeben hat, doch noch aus seiner Obligation wenigstens auf Prästation der Klagen gegen diesen haftet. — S. übr. auch Civ.-Proc.-O. § 72, u. A.

wie der Verkauf einer fremden Sache mit Genehmigung des Eigentümers Stellvertretung ist¹⁾.

Dann allerdings muss der Gläubiger sich mit einer Leistung durch einen andern als durch den Schuldner zufrieden geben, wenn er an der Leistung gerade durch den Schuldner kein Interesse hat. Allein auch hierüber hat nicht der Schuldner einseitig zu befinden, sodass er in diesen Fällen in der That jemand anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bevollmächtigen könnte. Die Quellen sagen vielmehr ausdrücklich, dass es auch hier der Einwilligung des Gläubigers bedarf, die derselbe natürlich nicht grundlos verweigern darf²⁾. Erfüllt wird also nicht auf Grund der Vollmacht; denn dann würde ja erfüllt werden lediglich auf Grund des Willens des Schuldners und es könnte auf die Zustimmung des Gläubigers nichts ankommen.

Man berufe sich nicht darauf, dass jeder eine ihm ganz fremde Obligation tilgen könne³⁾ und dies doch einen Fall der Stellvertretung darstelle⁴⁾. So wenig der Dritte das Interesse des Schuldners im Auge haben muss⁵⁾, so wenig braucht er auf Grund des Willens des Schuldners zu handeln⁶⁾.

1) Die Unmöglichkeit der Stellvertretung in solvendo findet ihr Gegenstück in der Unzulässigkeit der *promissio facti tertii* [nicht des Interesses des Gläubigers an demselben: Windscheid, Pand. II § 317]: im einen Falle disponiert der Schuldner bzw. Contrahent unberechtigt über eine dem Gläubiger gehörende Handlung, im andern über eine Handlung eines ganz Fremden.

2) L. 31 sol. [„non consentiente stipulatore non liberabit reum“]. In der Stelle ist zwar die *sublocatio* verboten, aber nicht die Annahme von Arbeitern [„suis operis“]. Sie beweist also wenigstens gegen diejenigen, die auch im „Arbeiter“ einen Stellvertreter sehen. L. 72 § 2 eod. erkennt einen Verzug des Gläubigers an, wenn dieser den geschuldeten Sklaven aus der Hand eines Nicht-Schuldners, der für den Schuldner [„nomine eius“] leisten will, sich weigert anzunehmen. Also Acceptation des Gläubigers ist erforderlich; nur darf sie ohne Grund nicht versagt werden. S. Sintenis, Civilrecht II § 103 A. 37.

3) Sintenis a. a. O., Zimmermann a. a. O. S. 301, Windscheid, Pand. II § 342 S. 298.

4) So Zimmermann a. a. O.

5) Im Fall der l. 31 sol. wird der Bürge bauen, um sich seiner Verpflichtung zu entledigen.

6) pr. I. quib. mod. obl. toll., l. 39 neg. gest., l. 23, 31, 40, 53, 72 § 2 sol. Es ist daher nicht richtig, dass der Gläubiger in Fällen,

Die Erfüllung durch Dritte kann erfolgen ohne, ja gegen den Willen des Schuldners. Es wird durch sie die Obligation aufgelöst, weil ihr das notwendige vermögensrechtliche Substrat entzogen wird, nicht weil der Schuldner sich seiner Verpflichtung entledigt hätte¹⁾. Das gilt auch dann, wenn der Dritte erfüllt auf Grund des Willens des Schuldners. Man kann ihn ja dann Stellvertreter nennen, aber die Obligationserfüllung wird für diesen Fall auf denselben Umstand begründet, wie bei der Leistung gegen des Schuldners Willen²⁾. Eine Vollmacht, ein Stellvertretungsverhältnis mit rechtlicher Wirkung liegt also nicht vor, und deswegen trifft es auch nicht zu, dass der Schuldner den gesamten Willensinhalt des Vertreters, auch dessen Schuld, für sich als eigenen gelten lassen müsste.

Zudem — die Römer haben ja nicht einmal die Stellvertretung in contrahendo anerkannt³⁾. Sollen sie die in solvendo gekannt haben? Eine Interpretation römischer Quellenstellen über obligatorische Verhältnisse mit dem Begriff der Stellvertretung ist im höchsten Masse verdächtig.

wo er gegen die Leistung dritter nichts einzuwenden haben kann, nur dann in Annahmeverzug gesetzt wird, wenn das Anerbieten des dritten „nicht wider den Willen des Schuldners geschehen ist.“ [Puchta, Vorles. II S. 134]. Was soll beim Anerbieten ignorante debitore rechtens sein? Nach l. 72 § 2 liegt unzweifelhaft Annahmeverzug vor.

1) Keinen Wert darf man auf das Wort *solvere* legen: s. Windscheid Pand. II § 341 A. 5 und die dort angeführten Stellen. — Windscheid II § 251 A. 2 nennt die Tilgung der Obligation durch *solutio tertii* „eine Konsequenz nicht aus dem Begriff, sondern aus dem Zweck der Obligation“. Insofern behält Hartmann, die Obligation S. 20 fg., gegen ihn Recht, als dieser Zweck eben in den Begriff aufzunehmen ist; aber er bildet ihn nicht allein [so auch, wenn ich ihn recht verstehe, Hartmann selbst]. Dies auch gegen Schott, der obl. Vertrag unter Abwesenden S. 45 fg. Der Gläubiger erhält nicht den Gegenstand, sondern den Inhalt der Obligation [nach der Terminologie Windscheid's II § 262 zu A. 1].

2) l. 72 § 2 cit. de sol.

3) Selbst die weitestgehende Ansicht, die von Savigny [Obl.-R. II S. 42 fg.] nimmt für's römische Recht Stellvertretung nur bei naturalem Rechtserwerb an [nach l. 53 A. R. D.]. Aber siehe die geschichtlichen Ausführungen bei Buchka, Lehre von der Stellvertretung und Brinz, Pand. § 367.

Dass aber das moderne Recht, wie die eine, so auch die andere Art der Stellvertretung, die in solvendo anerkannt habe, dafür liegt nicht das geringste Anzeichen vor¹⁾).

Es muss aber vor einem Misverständnis gewarnt werden. In der Erfüllung gibt es keine Stellvertretung, aber der Inhalt der Erfüllung kann in der Eingehung eines Rechtsgeschäftes bestehen, für welches Stellvertretung zugelassen ist²⁾. Insofern kann sich auch der Schuldner vertreten lassen und er muss dann z. B. für den dolus seines Vertreters, wie für eigenen eintreten, aber nicht, weil er durch Stellvertreter seine alte Obligation gelöscht hätte, sondern weil er durch sie einen neuen Vertrag begründet hat.

§ 5. Wird für Gehülfen in Verbindlichkeiten auf Grund dieses Begriffs haftet?

Ein Sonderrecht eines Stellvertreters bei Erfüllung von Obligationen, entsprechend dem des Stellvertreters bei Eingehung derselben, gibt es also überhaupt nicht, insbesondere nicht in Hinsicht der Haftung des Schuldners für einen solchen³⁾. Folgt aber vielleicht aus dem Verhältnis von Prinzipal und Gehülfen⁴⁾, dass und wie der Prinzipal für den

1) Während das moderne Recht nach der Ansicht Vieler wenigstens in Forderungen eine Sondernachfolge anerkannt hat, gibt es eine solche in die Schuld auch heute nicht ohne Zustimmung des Gläubigers, nach Manchen selbst dann nicht [Literatur siehe bei Delbrück, Übernahme fremder Schulden S. 73 fg.]. Der Grund liegt darin, dass der Gläubiger durch den Wechsel des Schuldners allzuleicht beeinträchtigt werden kann. Derselbe steht aber auch zum Teil der Annahme der Stellvertretung in solvendo entgegen.

2) Tradere, dare, contrahere.

3) Wenn man also doch von Stellvertretern in der Erfüllung spricht, so ist deren Charakteristikum in irgendwelchem andern Umstände zu finden. So nennt Goldschmidt, Verantwortlichkeit S. 288, 289 Substituten, wer die Leistung anstatt des Schuldners macht, Gehülfen, wer neben ihm sich an der Erfüllung beteiligt. Einen Unterschied in der Haftung für beide nimmt er jedoch nicht an. [Ein kleiner Unterschied ist übrigens wohl vorhanden, siehe später.] Andere Verwertungen des Wortes Stellvertreter, Substitut sind mir nicht aufgestossen.

4) Nur von der Haftung für „Gehülfen“ handeln von Wyss, Windscheid und die Gutachter und Referenten des Juristentags, die,

durch Gehülfen dem Gläubiger verursachten Schaden hafte? sodass die Haftung für Dritte prinzipiell eine andere wäre¹⁾?

Es muss dann natürlich erst feststehen, was denn das Eigentümliche des Gehülfen ist. Einer entsprechenden Anwendung des Gehülfen bei Eingehung von Rechtsverhältnissen auf dem Gebiet der Obligationserfüllung steht nun der doppelte Umstand entgegen, dass weder die Begriffsmerkmale des Gehülfen²⁾, noch die Haftung für ihn³⁾ einigermaßen feststehen. In der That haben auch die Schriftsteller, die dem Gehülfen in der Erfüllung ein eigenes Haftungsrecht begeben, ihren Begriff unabhängig von dem des Gehülfen bei Vertragsabschluss gestaltet⁴⁾.

jedoch mit Ausnahme von Enneccerus, von „Arbeitern“ sprechen, ein Wort, das, unsern Fabrikverhältnissen entnommen, einen juristischen Begriff wenigstens nach gemeinem Recht nicht bezeichnet. Ein lateinisches Wort für Gehülfe fehlt: s. l. 25 § 7 loc., l. 13 § 5 eod., l. 27 § 29 ad leg. Aqu.

1) Diese Consequenz hat nur Ubbelohde gezogen, indem er den Mieter für seine Hausgenossen anders haften lässt, als den [römischen] Frachtführer für seine Leute. Aber eben dies ist nicht richtig. S. unten.

2) Die Begriffsformulierung des Gehülfen in contrahendo ist wesentlich im Hinblick auf den nuncius erfolgt. Nach den einen ist dieser ein Stellvertreter in der Erklärung des Willens [Schliemann, Beitr. z. Lehre von der Stellv. i. d. Ztsch. f. d. ges. H.-R. XVI S. 3 fg., Windscheid, Pand. I § 73 A. 2]. Andere unterscheiden ihn vom Stellvertreter dadurch, dass er nur den Willen des Auftraggebers, der Stellvertreter formell eigenen Willen erkläre [Laband a. a. O. S. 192] oder dass er kein Bewusstsein vom Wesen und der Bedeutung des Geschäfts habe und dem Dritten gegenüber an den Tag lege [Bähr a. a. O. S. 295]. Wieder andere beteiligen den Gehülfen an den rechtlichen Bestandteilen des Geschäfts gar nicht, im Gegensatz zum Stellvertreter [Böcking, Pand. I S. 350, 351, Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, dogm. Jb. I S. 273 fg., Arndts, Pand. § 76 A. 2] und im Gegensatz dazu sehen die Vierten im Stellvertreter nur einen nuncius mit grösserer Freiheit der Auswahl [Glosse ad. l. 2 § 6 de don., Schilter, prax. iur. Rom. in for. Germ. ad tit. mand. § 72 ([s. auch § 81, vergleiche aber ad tit. de proc. § 43]). Savigny, Obl.-R. S. 59, Ruhstrat: „Inwieweit haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen hat?“ im Civ.-Arch. XXX S. 347, Platner „Über offene und verschlossene Briefe“ Civ.-Arch. L S. 235, Scheurl a. a. O. S. 319 fg.]

3) S. die in A. 2 S. 2 Angeführten.

4) Eine ausführliche Entwicklung des Begriffes des Gehülfen hat

Sicher ist dabei das eine, dass der Gehülfe dem Schuldner helfen muss¹⁾, sich an der Herrichtung und Überlieferung des Leistungsgegenstandes beteiligen muss. Sicher ist aber auch, dass für die Frage der Haftung des Herrn für den Gehülfen hierauf nichts ankommt.

Es ist allerdings richtig, es haftet der Herr unter den gleichen Voraussetzungen für denjenigen, der den Leistungsgegenstand überbringt, bewahrt, zusammen mit ihm oder auch allein anfertigt²⁾. Aber unter ganz denselben Voraussetzungen, wie der redemptor für seine Leute und den Afterunternehmer haftet der conductor aedium für seine Hausgenossen und seine Aftermieter.

Das erstere ergibt sich zunächst aus einer Vergleichung von l. 25 § 7 loc., l. 65 pr. de usufructu, l. 11 pr. loc. In l. 65 haftet der Schuldner für die „Seinigen“ offenbar nach derselben Regel, wie zufolge l. 25 § 7 der Frachtführer für seine Leute³⁾. Wen der Niessbraucher zu den Seinigen zu rechnen habe, ergibt sich aus l. 11 pr.: die Sklaven und quoscunque induxerit, auch hospites. Ebenso finden wir den Kreis der „Seinigen“ bestimmt durch l. 2 § 1—l. 8 pr. de usu et hab. Hiernach besteht die sua familia des Wohnungsberechtigten aus seinen Kindern, der Frau, andern Verwandten, Gesinde, Besuch [hospites], Klienten, Sklaven und

Burchardi Kap. I gegeben; ich bekenne, sie zum Teil nicht verstanden zu haben. Jedenfalls ist es eine petitio principii, dass auf den Willen des Gehülfen etwas ankomme. Schliesslich langt Burchardi bei einer „Willenseinheit“ zwischen Gehülfen und Prinzipal an, ohne aber davon für seine weiteren Ausführungen Gebrauch zu machen. Die übrigen Schriftsteller über unsere Frage widmen dem Begriff des Gehülfen keine besondere Untersuchung.

1) Das liegt im Wort. Einen andern Begriff nenne man anders!

2) Man vergleiche l. 5 § 13, l. 10 § 1—l. 12 pr. comm., l. 20 § 2 praescr. verb. S. auch Ihering, Mitwirkung S. 283. Auch nehmen alle Schriftsteller diese Gleichstellung an. S. auch H.-G.-B. art. 400, 401. Was insbesondere die Gleichartigkeit der Haftung für die Personen betrifft, die den Leistungsgegenstand zu schaffen nur helfen oder die ihn allein schaffen, so ist es gewiss gleichgültig, ob in der l. 20 § 2 praescr. verb. „custodiendum perferendumve“ steht, oder ob da stünde: „custodiendum perferendumque“, als worin sich die Pflicht des Schuldners erschöpfen würde.

3) Man findet in diesen allgemein ein einziges Prinzip: Goldschmidt, S. 356, Windscheid § 401 n. 5, Leonhard S. 353, 358.

seinen Arbeitern¹⁾. Diese darf er bei sich wohnen lassen und für diese haftet er nach l. 65 pr. de usufructu gleichmässig. Denn die „sua familia“ und die „sui“ stellen dieselben Personen dar; nur dass der Niessbraucher jedermann bei sich wohnen lassen kann.

Insbesondere kann er auch das zu Niessbrauch gegebene Haus ganz vermieten. Übrigens kann, sofern er nur selbst wohnen bleibt, eine teilweise Untervermietung auch der habitator vornehmen: l. 2 § 1 — l. 4 pr. cit. Für den Mieter haftet also der Niessbraucher nach l. 65 pr. de usufructu wie für ein Kind und einen Dienstboten. Demnach haftet aber auch der Mieter für seinen Untermieter nicht anders, als für Kinder und Personal, denn bei der mietähnlichen Stellung des Niessbrauchers als Schuldners ist dessen Mieter dem Untermieter des wahren Mieters durchaus zu vergleichen.

Auch in anderen Verhältnissen, welche sich auf das Wohnen jemandes gründen, steht in Bezug auf die Haftungsfrage der Aftermieter, Hausgenosse, Arbeiter, Gast durchaus auf derselben Stufe. So haftet ex edicto de his qui dei. v. eff. der Magazinier für seine Arbeiter und Lehrlinge nach derselben Regel, wie der Inhaber einer Wohnung für alle, die er bei sich wohnen lässt²⁾.

Es kommt also nichts auf die Art des Arbeiters, des Gehülfen für die Frage der Haftung des Prinzipals an; sie hebt sich nicht vor anderen Arten von Personen hervor, welche

1) Da ein usus und usufructus auch bewegliche Sachen zum Inhalt haben kann, so gehört hierhin auch die Person, der nach gemachtem Gebrauch oder Niessbrauch die Sache zum Rückbringen übergeben worden ist, und dasselbe gilt von der Miete. Es steht also diese Person in Ansehung der Haftung des Schuldners für sie dem Kind z. B. gleich; auf ihr Arbeitsverhältnis kommt gar nichts an.

2) Auch in andern Verhältnissen wird der Kreis der Personen, für die der Schuldner haftet, nicht auf Gehülfen beschränkt. Schiffer und Wirt stehen ex recepto ein für den Gast und Passagier, wie für den Kellner und Matrosen [l. 1 § ult., l. 2, l. 3 pr., § 3 nautae. vergl. l. 6 § 1—3 eod., l. un. pr. § 6 furti adv. naut., Goldschmidt, receptum S. 93, 94]; gegen den Zollpächter geht unter denselben Voraussetzungen die Strafklage auf Grund der Handlungen seiner Executoren und seiner sonstigen familia [l. 1 § 5 de publ. et vect.]. Eine gewisse Analogie lässt sich nicht verkennen.

zur Leistung nicht das Geringste beitragen¹⁾. Will man aber die ganze Gattung mit dem Namen des Gehülfen belegen, so vergesse man nicht, dass auf irgend welche Hülfe es nicht ankommt.

Man hat aber gesagt, es gebe Gehülfen auch in Ausübung von Rechten des Schuldners und dahin sollen die Hausgenossen, Aftermieter u. s. w. gehören²⁾. Die Unnatur dieser Konstruktion ergibt sich daraus, dass in Mitausübung oder alleiniger Ausübung der Rechte jemandes ich keinen Schaden verursachen kann. Eine solche Möglichkeit liegt erst vor, wenn mit dem auszuübenden Recht Pflichten verbunden sind. Dann aber liegt wieder Beihülfe in Erfüllung von Verpflichtungen vor, und eben diese eximiert den Gehülfen nicht von dem Prinzip der Haftung, das z. B. bei den Kindern des Mieters gilt.

§ 6. Steht die Beschädigung durch Sachen der durch Personen gleich?

Darauf also, dass gewisse Personenklassen zum Schuldner in einem bestimmten rechtlichen oder besonderen thatsächlichen Verhältnisse stehen, lässt sich eine eigentümliche Haftung des Schuldners für dieselben nicht begründen. Die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner haftet, sind hinsichtlich aller dritter Personen dieselben. Kommt aber nichts darauf an, ob jemand in dieser oder jener Eigenschaft den Schaden gestiftet hat, interessirt es nur, ob überhaupt jemand unter bestimmten

1) So weit geht m. W. nur Gensler, Beitrag zur Lehre von der Diligenz S. 45. In der That ist aber auch nicht abzusehen, wie es in der Haftung des Schuldners einen Unterschied machen sollte, dass das geliehene Porzellanservice zerbrochen wird vom Hausknecht, der es beim Entleiher holt, dem Diener, der damit servirt, dem Dienstmädchen, das es spült, oder vom Gast, der davon speist. Welche Personen im einzelnen Fall durch ihre Handlungen eine Haftung des Schuldners begründen, das gehört in die Lehre von den Voraussetzungen der Haftung.

2) Goldschmidt, Verantwortlichkeit S. 288, 289 stellt diese Personen unter die Kategorien Substituten oder Gehülfen. Leonhard behandelt sie als Arbeiter und nennt sie [S. 358]: „Stellvertreter in dem uti, welches nur boni viri arbitrato geschehen soll“. S. auch A. 1 S. 21.

Umständen den Gläubiger geschädigt hat, dann kann weiter auch nicht in Betracht kommen, ob das schadende agens eine Person oder eine Sache ist. Denn auf der Persönlichkeit¹⁾ und der Eigenschaft als Mensch beruht die Haftung nicht.

Diese Gleichstellung vollziehen denn auch die Quellen. Das Verschulden des zu leistenden Sklaven wird ebenso beurteilt, wie das von Gehülfen²⁾. Es macht keinen Unterschied, ob das zu bauende Haus einstürzt, weil die Arbeiter schlecht fundamentiert haben oder weil die Balken brechen³⁾. Wer sich einen Sklaven geliehen hat, muss für den Tod desselben einstehen, wenn derselbe von seinem Arbeitsgerüst herabgestürzt ist, gleichviel ob dieses Gerüst von einem andern Arbeiter schlecht befestigt war, oder ob die altersschwachen Seile rissen⁴⁾. Der umladende Schiffer haftet gleichmässig für die Tauglichkeit des neuen Schiffes und des neuen Schiffers⁵⁾. So ist auch gleichgültig, ob der geliehene Regen-

1) Die meisten Stellen, welche von der Haftung für Personen handeln, lassen die Unterstellung zu, dass diese „Personen“ auch Sklaven sein können. Manche stellen die Sklaven den Freien ausdrücklich gleich: l. 11 pr. loc., l. 65 pr. de usufr. in Verbindung mit l. 4 pr. de usu.

2) l. 60 § 7 loc., l. 62 § 5 de furtis. Vergl. zu ersterer l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. Goldschmidt S. 292 versteht die Stellen von vertragswidriger Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes. Allein er selbst muss anerkennen [S. 322], dass die Entscheidung dieselbe ist, wie bei Haftung für Gehülfen; so auch alle andern. Auch ist in l. 62 § 5 der gekaufte Sklave zwar der Gegenstand, den der Mandatar dem Auftraggeber zu leisten hat, mit nichten aber das „Vertragsobject“ des Mandatars.

3) l. 36, l. 37, l. 59, l. 62 loc. Dass hier der redemptor in Schuld sein müsse, nimmt an Mommsen, Unmöglichkeit S. 364—378. Aber siehe dagegen die triftigen Gründe Windscheid's in der Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissensch. II S. 138—140, der durch Mommsen's Replik [Lehre von der mora S. 423 fg.] nicht widerlegt wird. Wie Windscheid Bolze a. a. O. S. 90, Dankwardt a. a. O. S. 351. Es handelt sich nicht um ein periculum culpaе und casus, sondern casus und vis maioris s. l. 59 cit.

4) l. 5 § 7 comm. [machinae culpa, nicht schlechthin culpa i. e. des Commodatars.]

5) l. 13 § 1 loc. in Verbindung mit l. 10 § 1 de leg. Rhod. Nach letzterer haftet der vertragswidrig umladende Schiffer auch, wenn beide Schiffe, aber mindestens eines durch Schuld der Schiffsmannschaft

schirm verloren wird vom Dienstmann, dem ich ihn zum Zurückbringen gegeben habe, oder von meinem Hund, den ich auf das Hin- und Hertragen kleinerer Gegenstände zwischen mir und dem Verleiher dressiert habe¹⁾. Es kommt auch nichts darauf an, ob die Beschädigung erfolgte durch den Gegenstand oder das Mittel der Leistung. Wenn nach l. 11 pr. loc. der Mieter unter gewissen Voraussetzungen für die Beschädigungen des Hauses durch seine Kinder einsteht, so wird er die von seinem Reitpferd beschädigte Stallwand unter denselben Voraussetzungen reparieren lassen müssen²⁾.

Wofern also nur die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung des Schuldners vorliegen, ist es gleichgültig, von welchen Personen, und ob überhaupt von Personen oder nicht vielmehr auch von Sachen³⁾ der Gläubiger geschädigt worden ist. Diese Voraussetzungen sind nun zu besprechen.

III. Die Voraussetzungen der Haftung.

A. § 7. Die culpa in eligendo et custodiendo.

Nach der herrschenden Lehre⁴⁾ besteht die Voraussetzung der Haftung des Schuldners für seine Gehülfen in

untergegangen sind, nach ersterer der aus Not umladende für die objective Untüchtigkeit des 2. Schiffes. Man wird der Schuld der Schiffer den Fehler des Schiffes, und umgekehrt, gleichstellen dürfen.

1) l. 5 § 13, 14 comm. Hier ist von einem Sklaven die Rede. Warum soll dem der Hund nicht gleichstehen? Das perierit bezieht sich durchaus nicht nur auf damnum iniuria datum: s. l. 9 V. S.

2) Denn das Pferd gehört auch zu denjenigen, quos induxit.

3) Personen oder Sachen — tertium non datur. Man könnte noch an Kräfte denken, die sich weder in Personen noch in Sachen äussern, als Wind und Blitz. Sofern die Beschädigung durch sie möglich war nur durch Handlungen von Personen oder Sachen, für welche der Schuldner eintreten muss, liegt Haftung wegen sogenannten casus mixti vor. Dass aber andernfalls der Schuldner für sie nicht haftet, wird sich aus den Voraussetzungen der Haftung ergeben, wie sie im folgenden Kapitel zu erörtern sind. Dieselben sind bei diesen Kräften ausgeschlossen.

4) Hasse, Culpa S. 408, v. Wyss S. 87 fg., Goldschmidt, Voraussetzung, Windscheid, v. Bar, Dernburg, Thöl in den A. 1 S. 1 angeführten Schriften.

Culpa in eligendo des Schuldners¹⁾. Das soll sein eine Schuld des Herrn in der Hinsicht, dass er als Gehülfe Personen angestellt hat, von denen er bei der Anstellung als sorgsamer Mann — diligens paterfamilias —, als den er sich in seinem Schuldverhältnis zu bewähren hat, voraussehen musste, dass sie bei der ihnen aufgetragenen Arbeit dem Gläubiger Schaden verursachen könnten.

Diese Ansicht geht aus vom Willen der Parteien²⁾ und findet durch dessen Auslegung, wann der Schuldner haften soll, nämlich wegen Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt in der Auswahl von Gehülfe. Sie muss also darthun, dass durch den Parteiwillen die Haftung des Schuldners für die Gehülfe gerade und lediglich auf culpa in eligendo festgesetzt worden sei. Sie scheitert, wenn ihr nachgewiesen wird, dass eine solche Festsetzung an sich in einzelnen Obligationsverhältnissen nicht möglich ist und dass selbst in eigentlichen Contrakten, wo sie möglich wäre, mangels ausdrücklicher Abrede im Allgemeinen sich mit genügender Sicherheit keine Bestimmung über die Haftung für Gehülfe herauslesen lässt. Diese Ansicht kann sich freilich auch anstatt auf den Parteiwillen auf ergänzendes Recht berufen. Dann entscheidet aber lediglich die Auslegung der Quellen.

Was die Berufung auf den Vertrag betrifft, so ist richtig: was wirklich in Ansehung der Gehülfe der Vertrag festsetzt, das gilt. Und es ist auch richtig, dass, wenn er nur erkennbar ist, auch stillschweigend erklärter Wille genügt. Aus einem solchen stillschweigend erklärten Willen ergibt sich z. B., dass wenn der Schuldner jemanden nur aussuchen solle, er für Sorgfalt bei dem Aussuchen einsteht und für weiter nichts³⁾.

1) Und custodiendo, inspiciendo, instruendo u. dergl. mehr. Über diese am Schlusse des §. Da die genannten Schriftsteller nur von „Gehülfe“ sprechen, muss diese Beschränkung einstweilen adoptirt werden.

2) Burchardi S. 10—12, v. Wyss S. 87; Leonhard S. 337, 343 fg.

3) Der Schuldner soll auswählen und haftet demnach für Sorgfalt bei der Auswahl. Dagegen ist es eigentlich inkorrekt zu sagen, dass er Gehülfe auswählen solle. Denn durch die Auswahl hat er seine Leistung erfüllt; die Ausgewählten können ihm dabei nicht mehr helfen. Von einer Haftung des Schuldners für Dritte kann erst dann die

Aber im Allgemeinen lässt sich aus dem Stillschweigen der Parteien nicht entnehmen, dass sie und wie sie die Voraussetzungen der Haftung für Gehülfen haben regeln wollen¹⁾. Es sei einmal zugegeben, dass Contrahenten, wenn sich sonst nicht ermitteln lässt, was sie gewollt haben, sich so behandeln lassen müssen, wie redliche Leute, welche gleichartige Geschäfte schliessen, ihren Vertrag gestaltet hätten, wenn sie sich über jede Eventualität klar geworden wären²⁾, also, kurz gesagt, nach Verkehrsrecht, — was pflegt denn aber im Verkehr über die Haftung des Schuldners für Gehülfen ausgemacht zu werden? Angesichts der verschiedensten Gestaltungen und Beurteilungen dieser Haftpflicht vom juristischen, wie vom wirtschaftlichen Standpunkte³⁾ ist es eine

Rede sein, wenn die Obligation nicht gerade durch Annahme jener Dritten getilgt wird. Übrigens gilt auch hier dasselbe von Auswahl von Sachen, wie von Auswahl von Personen. — Auf diesen Sonderfall der Haftung hat zuerst Ihering hingewiesen [Schadensersatz bei nicht. Verträgen S. 84, 85, Schuldmoment S. 47]. Das H.-G.-B. hat entsprechend die Haftung des Spediteurs für Frachtführer, Schiffer und Zwischenspediteure normiert [art. 397, 380]. So auch Dreyer S. 67, 69.

1) Das Gegenteil nehmen stillschweigend an Goldschmidt, Windscheid und v. Wyss a. d. a. O., Leonhard und Ubbelohde dagegen auf Grund besonderer Untersuchung.

2) So Leonhard S. 343—347. Aber siehe Anm. 3 S. 29.

3) Allein im Gebiet des gemeinen Rechts haben wir folgende juristische Systeme:

I. Haftung nur bei eigener culpa des Schuldners (in eligendo u. s. w.). S. d. A. 4 S. 26 Angeführten.

II. Ausnahme bei der loc. cond. operis; hier Haftung für den Erfolg also auch ohne Schuld: Puchta, Bolze;

III. Desgleichen Ausnahme bei den Verträgen auf custodia, als auf ein opus: Burchardi, Baron.

IV. Unbedingte Haftung für Schuld der Gehülfen in Obligationen, wo die Person des Leistenden nicht bestimmt ist: Enneccerus.

V. Unbedingte Haftung für alle unter Aufsicht des Schuldners stehenden Arbeiter: Leonhard.

VI. Unbedingte Haftung, insoweit der Schuldner durch die Gegenleistung eine Assekuranzprämie erhält: Ubbelohde.

VII. Ausschluss jeder Haftung für eigentliche Substituten: Burchardi, und endlich de lege ferenda gerade umgekehrt:

VIII. Unbedingte Haftung für alle Arbeiter als Stellvertreter: Dreyer.

übermässige Kühnheit, irgend eine Form dieser Haftung als selbstverständlich gewollt zu bezeichnen.

Die Quellen sagen im Gegenteil ausdrücklich, dass für Gehülfen gehaftet werde, *etsi nihil convenit*¹⁾.

In den sogenannten Quasicontrakten kann solch ein selbstverständlicher Parteiwille zudem gar nicht vorkommen. Und doch haftet der *negotiorum gestor* und der Erbe aus der *communio incidens* in ganz derselben Weise wie Mieter, Entleiher und andere Kontraktsschuldner²⁾. Und will man einen Unterschied in der Haftung des Niessbrauchers für Gehülfen machen, je nachdem ihm der Niessbrauch unter Lebenden oder als Vermächtnis bestellt ist, er also in einem Realkontrakt oder nur gleichsam in einem solchen steht?

So wenig aber, wie der Parteiwille³⁾, ergibt das ergän-

Dazu kommt das Sonderrecht des Handelsgesetzbuchs, wonach der Spediteur für *culpa in eligendo*, der Frachtführer schlechthin haftet bis zur Grenze der höheren Gewalt [art. 380, 395, 400, 401, s. auch 451, 452] und zwar für seine oder seiner Leute [Entscheid. des Obertribunals in Striethorst Archiv 68 vom 2. Febr. 1864] bössliche Handlungsweise [*dolus* und *luxuria*, nicht sonstige *lata culpa*] mit dem Interesse, sonst mit dem gemeinen Handelswert [art. 396]. Ferner treten mit selbständigen Systemen hinzu die Partikularrechte in der grössten Mannigfaltigkeit, zwischen der selbst bei *culpa* des Schuldners nur subsidiären Haftung für Gehülfen und dem unbedingten Einstehen für sie in allen Fällen sich bewegend [Ueber dieselben s. Goldschmidt a. E. seiner Arbeit, Dreyer S. 65—70, Jaques S. 83—83]. Endlich haben wir noch eine Anzahl Ausnahmerektsätze [Goldschmidt a. a. O.]. — Vom wirtschaftlichen Standpunkt wird wenigstens in Obligationen, die Haftung des Schuldners für Gehülfen auch ohne Schuld fast allgemein empfohlen: s. die Verhandlungen des 11. Congresses deutscher Volkswirte 1869 in Faucher's Vierteljahrsschrift f. Volkswirthsch. u. Culturgesch. XXVI S. 245 fg., C. Braun ebenda XXV, die Verhandlungen des Juristentags und Löning in seiner citirten Schrift S. 53 fg.

1) l. 11 pr. loc. Es handelt sich um die regelmässige Haftung. Es heisst nicht: *etsi nihil nominatim convenit*, wie sonst oft.

2) l. 20 § 3 neg. gest., l. 45 § 1 fam. erc. in Verbindung mit l. 11 pr. loc., l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. u. a. m. Es ist die Gleichartigkeit der Entscheidung anerkannt.

3) Ueber das ergänzende Recht s. Stammler, der Garantievertrag im Civ. Arch. S. 19—28: „Das ergänzende Recht ergänzt nicht eine Willenserklärung als solche, sondern das zwingende und dispositive Recht.“ Es stellt also einen Frontwechsel der Vertreter der Haftung

zende Recht die prinzipielle Haftung für Gehülfen auf Grund der culpa in eligendo. Vielmehr gibt es eine Reihe von Stellen, mit denen das Haftungsprinzip nicht zu vereinigen ist.

Voran l. 25 § 7 loc.¹⁾ und l. 65 pr. de usufr. Dass in ersterer nichts auf ein ius singulare hindeute²⁾, ist richtig, aber kein Beweis dafür, dass sie von culpa in eligendo spreche. Man hat in der Stelle eine Schuldhäufung gefunden³⁾. Aber wenn sowohl der Prinzipal, als der Gehülfe in Schuld sein sollen, so muss entweder der Prinzipal die Säule mitgetragen und mitzerbrochen haben — eine ganz unzulässige Annahme⁴⁾, — oder seine Schuld muss in der Anstellung oder Überwachung der Gehülfen liegen. Dann wäre wieder deren Schuld irrelevant; denn dann würde der Schuldner auch haften, wenn er einen Fallsüchtigen genommen hätte, dessen Leiden er hätte erkunden können, und wenn dieser, unterwegs in seine Krämpfe verfallen, die Säule zerbrochen hätte⁵⁾. Die

für culpa in eligendo dar, wenn sie sich statt auf den Parteiwillen auf das ergänzende Recht berufen, und es fallen in der neuen Stellung alle Argumente fort, die aus der Wahrscheinlichkeit genommen sind, dass der Schuldner sich habe so und so verpflichten wollen.

1) Zu dieser Stelle s. alle in Anm. 1 S. 1 Genannten u. v. Löhr, Beiträge zur Theorie der culpa S. 128.

2) Goldschmidt S. 354.

3) Goldschmidt S. 356, Windscheid II S. 510, v. Wyss S. 104. Ubbelohde interpretirt l. 25 § 7 wie der Text, l. 65 pr. dagegen anders [S. 208].

4) Denn dann wäre überhaupt die Erwähnung der Gehülfen überflüssig. S. auch Windscheid a. a. O.

5) Die herrschende Meinung hilft sich hier so, dass sie annimmt, der Schuldner hafte, eben weil seiner schlechten Eigenschaften halber der Gehülfe nicht angenommen werden durfte, auch nur für den Schaden, der durch jene schlechten Eigenschaften hervorgebracht worden ist. Allein dann könnte es gerade auf culpa nicht ankommen; hätte er voraussehen können, dass dem Manne ein Leiden zustossen werde [casus s. c. 8 de test.], oder hätte er diebische Gelüste bei dem Gehülfen vermuten müssen: er würde haften. Nun ist das nach den Quellen offenbar nicht der Fall [l. 5 § 4, l. 18 pr., l. 5 § 13 comm.] Nie deuten die Quellen auch nur im Geringsten an, welche schädliche Eigenschaften der Schuldner hätte kennen können und müssen; denn das quod talem hominem elegerit ist dasselbe, wie quod non tam idoneum hominem elegerit und bezieht sich daher, wie später zu erörtern, nicht auf die Schuld des Herrn, sondern auf die des Gehülfen.

Stelle deutet aber auch nicht im geringsten an, dass die culpa ipsius diesen Inhalt habe¹⁾. Man wird eher annehmen dürfen, schon nach dem Wortlaut, dass die culpa ipsius und die culpa eorum quorum opera utebatur in der gleichen Thätigkeit bestehen. Jedenfalls ist die Phrase disjunktiv zu fassen²⁾, so gut wie l. 6 § 2 de his qui dei. vel eff., l. 4 § 8 quod vi aut clam. und auch wie l. 65 pr. de usufructu. Man hat auf diese Stelle die Schuldaccumulation begründen wollen. Aber im Zusammenhang gelesen, sagt sie: Wenn dem Niessbraucher die Bau- und Reparaturlast unerträglich wird, dann kann er den Niessbrauch derelinquieren [l. 64 eod. tit.] und die Sache so lassen, wie sie ist, selbst wenn er schon beklagt wäre auf Erfüllung seiner Baupflicht. Das geht aber nicht, wenn der Schaden suo suorumque facto entstanden ist. An eine culpa in eligendo zu denken, auf Grund deren das factum suorum stattgefunden hätte, ist in diesem Zusammenhange ganz unmöglich. Es wäre das ein höchst unpraktisches

Allein es trifft auch nicht zu, dass, weil der Schuldner nur um die eine schlimme Seite des Gehülfen hätte wissen müssen, er für den Schaden nicht hafte, der auf Grund eines anderen, nicht vorauszusehenden Fehlers desselben eingetreten ist, weil er einen notorischen Dieb, aber einen höchst geschickten Menschen mit der Rückgabe der geliehenen Sache betraut hätte, er nicht für diesen hafte, wenn derselbe erwiesenermassen die Sache hat ungeschickterweise fallen lassen. Denn auch die culpa in eligendo stellt sich dar als Handeln gegen Verbot. Nur geht das Verbot nicht gegen die Annahme aller oder bestimmter oder anderer als bestimmter Gehülfen, sondern gegen die Anstellung von Gehülfen mit gewissen Eigenschaften. So wenig, wie nun der Mieter, der gegen Verbot Heu aufgestapelt hat, wenn dies vom Blitz entzündet wird und das Feuer das Haus verzehrt, darauf sich berufen kann, dass hier nicht das Handeln gegen Verbot, sondern höhere Gewalt den Schaden verursacht habe [arg. l. 11 § 4, l. 12, l. 9 § 2, 3 loc.], so wenig würde im obigen Falle den Schuldner der Nachweis befreien, dass er nur um die eine böse Eigenschaft des Gehülfen habe wissen können, auf Grund der anderen aber der Schaden eingetreten. Er würde, als für einen casus mixtus, dem Gläubiger haften.

1) So auch Leonhard. Gegen jene Annahme spricht das culpa . . . abest, si omnia facta sunt, was man viel eher auf die Hantierung mit der Säule, als die Auswahl der Gehülfen beziehen möchte.

2) Die Lesart eorumve ist freilich falsch. Siehe auch Bas. XXI l. 25 § 7. Leonhard citirt hier gut l. 29 V. S.

Recht. Danach würde der Mieter auch für die kleinste Beschädigung des Hauses durch seine Kinder, z. B. für eine zerbrochene Fensterscheibe, nur einstehen, wenn er sich irgendwie eine Schuld beizumessen hat. Denn dem Mieter liegt nicht, wie dem Niessbraucher eine selbständige Reparaturpflicht ob ¹⁾; er ist also in derselben Lage, wie der derelinquierende Usufruktuar. Die Reparaturpflicht schüttelt dieser ab, aber was suo suorumque facto an Schaden geschehen ist, muss er trotz der Dereliktion vertreten.

Des ferneren lassen sich mit dem Prinzip der Haftung für culpa in eligendo nicht vereinigen l. 40, 41 loc. Sie sprechen ebenfalls von einer durchaus regelmässigen Dienstmiete, und zwar seitens der Leute, qui servandum aliquid conducunt ²⁾. Von einer gegen Entgelt gesteigerten Fürsorge enthalten sie nichts. Man behauptet, l. 5 pr. nautae sage aus, dass bei der loc. cond. operis gerade für die custodia keine Bezahlung eintrete, dass mithin in l. 40, 41 ein besonderer Vertrag vorliege. Allein l. 5 sagt dies nicht ³⁾, sondern dass, wenn eine loc. cond. operis ihrem Hauptinhalte nach auf eine gewisse Thätigkeit gehe, neben welcher für die zu dieser Thätigkeit hergegebenen Sachen custodia aufzuwenden sei, die merces für die eigentliche Thätigkeit, nicht für die nebenher zu leistende custodia gegeben werde, schliesst damit aber mit nichten aus, dass, wenn gerade Bewachung den Hauptinhalt des Vertrages bildet, auch für die custodia als für die Hauptleistung merces zu zahlen ⁴⁾ sei. Einen solchen Vertrag enthält l. 1 § 9 dep. und ebenso l. 40, 41 loc. und nach letzterer haftet der Herr für seinen custos auch ohne eigene Schuld ⁵⁾.

1) S. dagegen A.-L.-R. Buch I Tit. 21 § 442, c. c. art. 604—607, 1754, 1755.

2) l. 19 comm., l. 31 d. a. e. v.

3) l. 5 pr. nautae steht in naher Beziehung zu l. 40 und ist vielleicht deren Fortsetzung in des Gajus 5. Buch ad. ed. prov. gewesen, das vom receptum nautarum gehandelt zu haben scheint.

4) So auch Leonhard S. 354. Die merces in l. 40, 41 als Versicherungsprämie oder als merces + Versicherungsprämie zu fassen, hat gar keinen Grund. Auch kommt Ubbelohde hierbei in Kollision mit l. 19 comm.

5) Doch will ich mir den Einwand nicht schenken, dass l. 41 vielleicht gar nicht die Frage der Haftung für Gehülfen berührt, des-

Weiter kommen hier in Betracht l. 20 § 2 praescr. verb., l. 13 § 1 loc., l. 16 § 1 R. V., l. 2 § 1 si mensor, l. 23 pro socio, welche Stellen alle das Eigentümliche haben, dass nach ihnen der Schuldner haftet, weil die ausgewählten Gehülfen schlecht, nicht weil die Gehülfen schlecht ausgewählt waren ¹⁾.

L. 20 § 2 praescr. verb. insbesondere handelt weder von der Beweislast ²⁾, noch ist sie in Rücksicht auf l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. notwendigerweise von culpa in eligendo zu verstehen ³⁾, zumal l. 10 § 1—l. 12 pr. selbst nicht auf dem Prinzip der Haftung für culpa in eligendo beruhen, wie später zu erörtern.

In l. 2 § 1 si mensor und l. 19—24 pro socio ist es dem Schuldner nicht verboten, Gehülfen anzunehmen ⁴⁾. Sonst müsste der Geometer auch für nicht dolose Schadensstiftungen seines Substituten eintreten ⁵⁾. Dass der Gesellschafter Gehülfen annehmen darf, wird durch l. 16 pr. pro socio bewiesen. Nur werden diese nicht Socien ⁶⁾. Man kann l. 2 pr. l. 19—24 cit.

halb nämlich, weil der ipse custos, der die Sachbeschädigung verübte, ganz wohl der conductor selbst sein kann. L. 41 spricht zwar im Anfang von einer Beschädigung durch Dritte; dann aber wird der Text corrupt. Nimmt man die Th. Mommsen'sche Conjectur an, so kann er bedeuten: zuweilen kann der Schuldner durch custodia auch Sachbeschädigung abwenden und zwischen dem Fall, dass er dies konnte und nicht that, und dem, dass er selbst die Sache beschädigte, waltet in Ansehung seiner Haftung kein Unterschied ob. Aber es kann auch nach dieser Conjectur der custos Gehülfe sein müssen, und die Gleichgültigkeit des Marcellus, Ulpianus und Tribonianus gegen eine so gefährliche Zweideutigkeit scheint darauf hinzuweisen, dass bei den zwei Deutungen sich dasselbe Resultat ergebe, dass also über culpa in eligendo hinaus gehaftet werde. Dies letztere gilt auch von l. 27 § 29 ad leg. Aqu. Noch deutlicher würde sich hier die Haftung auch ohne culpa in eligendo ergeben, wenn man läse quidam statt quidem, wodurch das fregit und der ganze Satz erst sein Subject erhielte.

1) S. Burchardi S. 129, Dreyer S. 88.

2) Dies die Ansicht von Goldschmidt S. 322.

3) A. M. Windscheid II § 401 A. 5.

4) Dagegen ist in l. 12 § 1 comm. allerdings wohl ein Verbot anzunehmen, den Mann, der eben nur commonendi causa geschickt wurde, als Träger der Sache zu verwenden. S. auch Goldschmidt S. 319. Allein das beweist nichts für die übrigen Stellen.

5) Selbst für casuelle: l. 11 § 4 loc.

6) S. auch H.-G.-B. art. 118. Wenn ein Gesellschafter für die

auch nicht durch die Annahme einer Substitution zwar nicht gegen Verbot, aber doch auf eigene Gefahr beseitigen¹⁾. Weshalb denn gerade hier die eigene Gefahr, da zu substituieren doch erlaubt ist? Eine solche Konstruktion enthält aber das Zugeständnis, dass culpa in eligendo nicht der allgemeine Grund der Haftung ist.

Es lässt sich gegen diese Lehre, die sich weder auf den Willen der Parteien, noch das objective Recht zu stützen vermag, noch mehr sagen. Sie gründet sich auf den Satz, dass nur hafte, wer in Schuld sei, aber sie verletzt ihn selber. Und zwar in doppelter Hinsicht: sie findet in jeder Anstellung einer Person, von der der Schuldner wissen kann oder gar weiss, dass sie dem Gläubiger einen Schaden bringen kann, eine culpa des Schuldners, und sie nimmt keine Rücksicht darauf, dass zwischen wirklich schuldhafter Anstellung und der Schadenszufügung auf Grund der Eigenschaft, derenthalb der Gehülfe nicht hätte genommen werden dürfen, der Causalzusammenhang doch fehlen kann. Der Mieter hat einmal sein Dienstmädchen mit dem offenen Licht auf den Speicher gehen sehen, es ihr verboten und ertappt sie nun zum 2. Male. Sie ist sonst eine vorzügliche Person. Muss er sie entlassen, um keine culpa zu begehen? Ganz gewiss nicht: sonst dürfte kein Mieter Gesinde halten. Aber soll er deswegen nicht haften, wenn nun wirklich 'mal die Kerze auf dem Speicher einen Brand erregt? Gewiss haftet er. In diesem Falle liegt nun sogar schon Wissenschaft des Schuldners von der schlechten Eigenschaft seines Gehülfen vor. Umsoweniger wird oft Schuld in der Annahme eines Gehülfen liegen, von dem der Schuldner vorausszusehen in der Lage wäre, dass er dem Gläubiger Schaden bringen — nicht wird, sondern bloß kann. Es muss schon ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit gegeben sein, dass mein Gehülfe auf Grund seiner schuldhaften Beschaffenheit den Gläubiger schädigen werde, damit ich, nun nicht in Schuld zu fallen, von seiner Anstellung Abstand zu nehmen habe²⁾. Wer ein geliehenes Buch durch einen

Gesellschaft Leute anstellen darf, so darf er es auch für sich als Gesellschafter. — In l. 23 § 1 bezieht sich übrigens neglegenter nicht auf praepositus (so Burchardi S. 54), sondern auf versatus.

1) So Goldschmidt a. a. O.

2) Etwas anders liegt die Sache bei dem Schuldner, der einen

Dienstmann zurückbringen lässt, kann sich sagen, dass der Dienstmann das Buch verlieren oder beschmutzen oder an eine falsche Adresse abgeben kann. Hätte er sich des Näheren erkundigt, so würde er vielleicht gehört haben, dass der Betreffende die ihm gegebenen Packete schon zuweilen unterschlagen hat — aber es wäre doch eine Verkehrswidrigkeit, wenn man über einen Dienstmann erst Recherchen anstellen sollte. Das thut niemand und jedermann benutzt die Dienst männer, also darf es unser Schuldner auch, ohne in culpa zu verfallen. Darum haftet er aber doch, worüber gleich. Wenn nun aber 'mal wirklich der Schuldner sich hätte sagen müssen, dass diesen Gehülften da als ein zu gefährliches Subject er nicht annehmen dürfe, dann ist er mit nichts schon deswegen in Schuld, weil der trotzdem angenommene wirklich in der vorauszusehenden Weise Schaden stiftet. Ein Pferdehändler hat zwei fremde Pferde in Pflege genommen. Das eine besorgt sein langjähriger, stets ruhiger und untadeliger Knecht, das zweite eine aushülfsweise angenommene Person notorisch rohen Charakters. Beide Pferde werden zu gleicher Zeit ungeberdig, beide Knechte schlagen zu, beide schlagen zu heftig und schlagen die Tiere zu schanden. Da liegt es zu Tage, dass die Beschädigung durch den Neuangenenommenen mit dem Fehler bei seiner Annahme nicht zusammenhängt; er hat ja nichts anderes gethan, als der gut gewählte und erprobte Knecht.

Endlich aber: die Gehülften bilden ja nur eine juristisch nicht qualifizierte Unterart der Personen und Sachen, für die der Schuldner gleichmässig haftet. Will man aber im Ernst die Haftung des Mieters für die vom Ball seiner Kinder zertrümmerte Fensterscheibe auf eine culpa in eligendo zurückführen?

Man scheint hiergegen mit leichter Mühe einwenden zu können, dass es sich in diesen Fällen selbstverständlich nicht um ein Verschulden in der Auswahl, sondern in der Aufsicht, um culpa in custodiendo und in inspiciendo handele. Allein erstens gilt auch von dieser Art von culpa alles das über die

Dritten nur auszusuchen hat. Dessen ganze Sorgfalt hat sich auf die möglichst gute Auswahl zu richten.

culpa in eligendo Gesagte¹⁾. Sie lässt sich weder auf den Willen der Parteien begründen, noch mit den Quellen vereinigen, noch ist sie wahre culpa. Zweitens beruht die Haftung des Mieters für seine Kinder nach l. 11 loc. darauf, dass er culpam in inducendis admittit, nicht auf mangelnder Beaufsichtigung. Soll der Mieter aber dadurch, dass er seine Kinder bei sich wohnen lässt, dem Vermieter gegenüber eine Schuld begehen? Drittens sprechen die Quellen überhaupt nur von eligere und Ähnlichem, um die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen zu begründen²⁾ nicht dagegen von inspiciere, custodire³⁾ oder gar instruere⁴⁾.

B. § 8. Die Haftung aus selbstverständlicher Assekuranz und auf Grund der Aufsicht.

Culpa in eligendo und custodiendo ist also weder der vertragsmässige, noch der gesetzliche Grund der Haftung des Schuldners für Gehülfen. Damit fallen auch die Theorien, welche für besondere, wenn auch noch so zahlreiche Fälle eine Haftung über culpa in eligendo hinaus statuieren; denn sie gehen eben von der culpa in eligendo aus. Zudem aber sind die angeblichen Ausnahmen nicht begründet.

Insoweit solche Ausnahmen gestützt werden auf den Begriff der Leistung einer Obligation auf ein opus, als auf einen Erfolg gerichtet, der persönlich abstracten Obligation

1) S. l. 20 § 2 praescr. verb.

2) l. 21 § 3 neg. gest. [elegerit], l. 7 § 4 nautae [adhibuit], l. 16 § 1 R. V. [commisit], l. 27 § 9 ad leg. Aqu. [eligendis], § 11 eod. [habuit], l. 45 § 1 fam. erc. [applicuerit], l. 2 § 1 si mensor [credidisti], l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. [elegerit], l. 20 eod. [auswählen], l. 11 pr. loc. [inducendis, habuerit], l. 60 § 7 eod. [elegissem], l. 20 § 2 praescr. verb. [auswählen], l. un. § 5 furt. adv. naut. [admisit], § 6 eod. [eligere] u. a. m. Die ganze Wichtigkeit dieses Sprachgebrauches kann erst später erhellen.

3) Gehülfen gegenüber kann zudem nur eine ganz geringe Aufsicht verlangt werden; sonst wird deren Nutzen für den Prinzipal illusorisch [s. Dreyer S. 56, 103].

4) Es ist offenbar gleichgültig, ob ich dem Ueberbringer eines Glases sage: Nehmen Sie sich in Acht! oder nicht. Nur wenn ich ihn obligationswidrig instruere, bin ich verhaftbar. S. Dreyer S. 103.

oder der Stellvertretung bei Obligationserfüllung, ist der Nachweis ihrer Hinfälligkeit schon versucht worden.

Insoweit zurückgegangen wird auf die culpa levissima¹⁾, würde eine Widerlegung die Grenzen dieses Themas überschreiten.

Dagegen bedarf einer Besprechung die Theorie, dass in der Gegenleistung zuweilen selbstverständlich eine Assekuranzprämie stecke und deshalb der Schuldner als Versicherer hafte²⁾. Es ist zuzugeben, dass etwas derartiges möglich ist, aber es fehlt der Beweis, dass eine solche Versicherungsübernahme als selbstverständliche wirklich vorkommt. Die Quellen erwähnen von ihr kein Wort; sie kennen das moderne Versicherungsgeschäft gar nicht, nur das periculum³⁾. Bei Grossbetrieb kann sie im Interesse des Schuldners gelegen sein, aber wer zwei, drei Mal den Transport einer Sache im Wert von 10000 zu 100 übernimmt, denkt nicht daran, „selbstverständlich“ das Risiko des Untergangs dieser Sache auf dem Transport durch Schuld seiner Leute, und zwar zu 10000⁴⁾, nicht zu 100, zu übernehmen. Denn jeder will sein individuelles, nicht das Durchschnittsinteresse. Wie oft muss nun der Schuldner solche Transporte übernehmen, damit man eine solche Versicherung als in seinem Interesse liegend betrachten kann? Auch in den Verträgen, in denen der Schuldner zugleich Nutzungsgläubiger ist und andere Personen an seinem Nutzen teilnehmen lässt, kann sich der Gläubiger einen solchen accessorischen Versicherungsvertrag verschaffen z. B. durch Erniedrigung des Mietzinses. Das ist um nichts irrationeller, als eine durch die Prämie bewirkte Erhöhung der merces bei der locatio conductio operis. Wie soll überhaupt festgestellt werden, wann die merces eine

1) Oder eine diligentia exactissima, deren Verletzung aber doch nur levis culpa wäre. Es gehören hierhin Gensler, Beitrag zur Lehre von der Diligenz, Heidelb. 1819, Baron a. a. O.

2) Die Ansicht ist begründet von Ubbelohde a. a. O. Angenommen hat sie [in Verbindung mit der Erfolgstheorie] das Reichsgericht in dem angeführten Urteil. Dagegen Goldschmidt S. 324 fg., S. 345 fg., Burchardi S. 7 fg., v. Bar S. 72, 73, Enneccerus a. a. O. S. 99.

3) S. Endemann, Wesen und Arten des Versicherungsgeschäfts, Ztsch. f. d. ges. H.-R. IX S. 285 fg.

4) S. auch Enneccerus S. 99.

Prämie enthält? Wie soll der nach Wahrscheinlichkeit und Umfang unberechenbare Schade, den Gehülfen anrichten können, gemessen werden? Warum ergreift die Versicherung nicht auch Delikte der Gehülfen? nicht auch casus? Worin liegt die Assekuranzprämie beim Commodat¹⁾, wo doch ebenso wie bei der Miete gehaftet wird? — Auf alle diese Fragen bleibt die Assekuranztheorie die Antwort schuldig; sie ist zu verwerfen.

Eine letzte Theorie macht einen Unterschied zwischen zu beaufsichtigenden Arbeitern und Arbeitern, die unbeaufsichtigt thätig werden sollen, und nimmt für erstere unbedingte Haftung²⁾, für letztere Haftung bei culpa in eligendo an. Was unter Aufsicht zu verstehen sei, wird nicht gesagt³⁾. Ob ein Arbeiter beaufsichtigt wird oder nicht, hängt oft von ganz zufälligen Umständen ab, ob z. B. der Prinzipal auf Reisen ist. „Selbstverständliche“ Haftung der Aufsicht halber liegt also nicht vor. Die Quellen entsprechen dieser Theorie nicht: l. 40, 41, 13 § 5 loc. kennen eine Haftung ohne culpa in eligendo so gut wie l. 25 § 7 loc. und enthalten in ihrem Thatbestand keine Aufsicht. L. 25 § 7 loc., l. 20 § 2 praeser. verb., l. 10 § 1, l. 11 comm., l. 16 § 1 R. V., l. 1 § 14 dep. lassen zwar Unterstellung einer Aufsicht zu, betonen aber dies angeblich entscheidende Moment auch nicht ein klein wenig. Die Bevorzugung des Grossbetriebes, welche vermieden werden soll, wird erst recht angebahnt. Denn der kleine Handwerker, der Etagenmieter, der ein oder zwei Zimmer weiter vermietet, der hat seine Leute immer unter seiner Obhut, dagegen die grossen Transportgesellschaften, der Vermieter eines ganzen Hauses oder abgeschlossener Stockwerke hat seine Kutscher, Schaffner und Zugführer, sowie seine Mieter nicht unter Aufsicht. Endlich findet diese

1) Oder bei Geschäften, wo die Gegenleistung nicht in Geld besteht?

2) Dies ist die Theorie Leonhard's. Er geht aus von der l. c. operis als auf einen Erfolg gerichtet, kommt dann aber — weshalb? — dazu, die gefundenen Sätze nur auf zu beaufsichtigende Arbeiter anzuwenden.

3) Man nehme folgende Stufenfolge: Handwerkergehilfe, Fabrikarbeiter, Pferdebahnschaffner [der auf jeder Tour einmal vom Controleur revidiert wird], Eisenbahnschaffner, Hausweber für eine Fabrik.

Theorie auf andere als „Arbeiter“ und „Stellvertreter in dem
nti“ keine Anwendung, eine Beschränkung, die den Quellen
gegenüber unzulässig ist.

C. Entwicklung und Begründung der Voraussetzungen.

I. § 9. Die These.

Die Interpretation des Willens der Parteien fördert nichts
über die Haftung für dritte Personen oder Sachen Gewolltes
zu Tage, wenigstens nicht allgemein. Es kommt daher le-
diglich auf den Inhalt der Rechtssätze auch in den Fällen
an, wo ein Parteiwille wirklich vorliegt, sofern nur nicht
dieser Wille bewusst sich gerade über diese Haftung kund-
gegeben hat. Macht der Schuldner von diesem dispositiven
Rechtssatz keinen Gebrauch ¹⁾, so bleibt sein Wille bei der
Regelung der Haftungsfrage ausser Ansatz: er haftet zufolge
einer obligatio ex lege ²⁾.

Deren Inhalt, geschöpft nur aus dem objectiven Recht,
ist folgender:

Für Personen und Sachen, welche den Gläu-
biger geschädigt haben, haftet der Schuldner,
insoweit er sie als Schuldner in Beziehung zum
Gegenstande des Schadens gesetzt hat, als für
eigene Schuld.

II. Die Voraussetzungen im Einzelnen und der Beweis.

§ 10. Die Voraussetzungen in der Person des Schuldners.

„Als Schuldner“ muss der Schuldner gehandelt haben.
Dass er Personen oder Sachen in jene Beziehung gesetzt hat,
das muss geschehen sein im Rahmen der Thätigkeit, zu der
er laut seiner Verbindlichkeit verbunden oder kraft eines
zusammen mit dieser Verbindlichkeit ihm gewährten Rechts
berechtigt war. Zweitens muss jene Beziehung hergestellt

1) S. Stammler a. a. O. S. 13—19.

2) A. M. ausdrücklich Leonhard S. 344. Die Obligation ist eine
obl. ex lege subsidiaria: Stammler a. a. O. S. 19 fg.

sein, damit die fraglichen Personen in der Art thätig seien, wie der Schuldner thätig sein kann, die fraglichen Sachen derart funktionieren, wie es nach dem Inhalte der Obligation des Schuldners zulässig ist.

Was das erste betrifft, so ist der Fall, dass der Schuldner gegen Verbot, insbesondere auch gegen eine wirkliche Pflicht zur *diligentia in eligendo* gehandelt hat, des weiteren nicht zu behandeln. Aber das könnte zweifelhaft sein, ob die Anstellung von Gehülften, zu deren Annahme der Schuldner verpflichtet war, ihn in dem gleichen Maasse und aus demselben Grunde haftbar macht, wie die von Gehülften, deren Annahme ihm nur freistand. Dies Bedenken ist jedoch unbegründet. Der Mieter eines Hauses haftet gleichmässig für Frau und Kinder, denen er Aufnahme gewähren muss, für das Personal, dessen er bedarf, um die Wohnung in Ordnung zu halten und für Besuch¹⁾. Das gilt entsprechend auch für Arbeitsgehülften, die ja keine besondere Klasse von Leuten darstellen. So haftet der Baumeister für denjenigen, dem er den Bau unterverdungen hat, nicht anders, als für die Bauarbeiter, und doch muss er sich letzterer bedienen, während ihn zur Annahme des ersteren nichts nötigt²⁾. Nur ist zu bemerken, dass wenn nach dem Vertrag mit bestimmten Gehülften gearbeitet werden soll³⁾, es eben nicht mehr die Handlung des Schuldners ist, durch welche ihnen die Thätigkeit

1) l. 11 pr. loc. Dass er Frau und Kindern Aufnahme gewähren und Dienstboten halten muss, beruht zwar nicht auf dem Mietvertrag, war aber bei dessen Abschluss beiden Teilen bekannt. — Unter die *hospites* insbesondere fallen sowohl Gäste, deren Aufnahme ihm freisteht [l. 1 § 9 de his qui eff.], als Einquartierung, die sich der Mieter gefallen lassen muss [l. 3 § 13 de mun. et hon., l. 18 § 29 eod.].

2) Das wird man aus l. 31 de sol. in Verbindung mit l. 36 loc. entnehmen dürfen. In ersterer wird arg. a contr., wenn nichts besonderes ausgemacht ist, der *fideiussor ipse aedificans* dem Gehülften, die anzunehmen in jedem Fall gestattet ist, in Ansehung der Erfüllung gleichgestellt. Soll sich das nicht auch auf eine culpa bei der Erfüllung beziehen? dafür spricht das *operis vitio* der l. 36. — S. auch l. 25 § 7 loc. interpret. S. 31 A. 1, wonach diejenigen *quorum opera utebatur* auch allein den ganzen Transport ausgeführt haben könnten. Ebenso H.-G.-B. Art. 400, 401.

3) l. 24 pro socio [„si ambo servum praeposuerint“]. S. auch Burchardi Cap. VI.

zugewiesen worden ist, in Verfolg deren sie den Schaden angerichtet haben.

Die Annahme welcher Personen und Sachen über den Kreis der vertragsmässigen Thätigkeit des Schuldners herausgeht, diese Frage regelt sich durch den Inhalt des concreten Vertrages; zuweilen greift hier auch das ergänzende Recht ein. So darf der Mieter seine Familie bei sich wohnen lassen, Gesinde halten, Besuch annehmen, die üblichen Möbel aufstellen, kraft ergänzenden Rechts auch untervermieten, aber so allgemein lässt sich schon nicht mehr sagen, dass er in seinen Wohnräumen eine Privatschule oder einen offenen Laden halten oder eine Dampfmaschine aufstellen dürfe¹⁾. Wenn ihm das nicht gestattet sein sollte, so haftet er für die Schulkinder, Lehrlinge, die Maschine nicht auf Grund der These, sondern wegen Handelns gegen Verbot.

Was den zweiten Punkt angeht, so unterscheidet man zweckmässig zwischen Personen und Sachen. Die Personen, für welche der Schuldner haften soll, dürfen nicht nur selbst nicht gegen Verbot angenommen sein: auch der ihnen zugewiesene Wirkungskreis darf nicht unerlaubt weit sein. Der Offizier, der sich ein Pferd zum Spazierenreiten geliehen hat und es in's Manöver mitnimmt, haftet, wenn vom Schiessen erschreckt das Tier durchgeht, stürzt und ein Bein bricht, gleichgültig, ob damals gerade er, oder sein Bursche, oder ein Kamerad es geritten und es zu halten nicht verstanden hat²⁾. — Innerhalb des eigenen erlaubten Wirkungskreises kann aber der Schuldner anderen Personen jede einzelne Thätigkeit überlassen, ja er kann ihnen die gesamte übertragen³⁾. Für die ersteren haftet er dann natürlich, wie noch näher auszuführen, nur soweit sie sich in ihrem beschränkten Kreise gehalten haben. Hier ist nur noch zu bemerken, dass gerade in den Fällen der beschränkten Haftung der wirkliche, durch seine Handlungen erklärte Wille des Schuldners oft im Gegensatz stehen wird zu Äusserungen desselben, hinter denen

1) Ein anderes Beispiel: den geliehenen Roman darf man nicht weiter verleihen, aber gewiss darf ihn des Entleihers Frau auch lesen.

2) l. 23 comm.

3) Den Unterschied bezeichnet Goldschmidt durch die Worte Substitut-Gehülfe; nicht treffend. S. Anm. 2 S. 24.

kein ernstlicher Wille steht. Wer ein Stubenmädchen mietet, legt an den Tag, dass sie als sein Hausgenosse in den durch ihre Stellung gegebenen Grenzen seine Wohnung benutzen dürfe. Wenn er ihr nun verbietet, ausser zum Putzen sich in den herrschaftlichen Zimmern jemals blicken zu lassen und das Mädchen geht, z. B. weil es etwas sucht, doch in den Salon und zerstösst dort den eingelassenen Wandspiegel, so befreit ihn das von seiner Haftung nicht. Denn er konnte und musste wissen, dass sein Verbot nicht genau eingehalten werden könne.

Das Gesagte gilt im Allgemeinen auch von den Sachen, die der Schuldner in schädigende Beziehung zu Vermögensgegenständen des Gläubigers setzt. Insbesondere können auch Sachen thätig werden. Es ist offenbar unerheblich, ob der Commodatar, um bei diesem Beispiel zu bleiben, den geliehenen Regenschirm durch seinen Diener oder seinen Hund zurückbringen lässt. Meist wird natürlich die Sache in passivem Zustande verharren. Dann wird allerdings auch selten durch sie ein Schaden herbeigeführt werden. Aber man denke den Fall, dass ein altersschwacher Stuhl des Schuldners unter jemandem zusammenbricht und einen hässlichen Strich in den Fussboden einkratzt, der schön gestrichen dem Mieter übergeben worden ist: der Schuldner wird beim Wegzug den Strich tilgen müssen¹⁾. Die Voraussetzungen der Haftung vermindern sich hier um eine. Es genügt, dass der Schuldner die schädigende Sache in die betreffende Beziehung setzen durfte, damit die Voraussetzungen in der Person des Schuldners erfüllt sind.

§ 11. Die Voraussetzungen auf Seiten der schaden- den Person oder Sache.

Es muss ferner auf Seiten der schadenden Person die schädigende Handlung auf Grund der Anstellung, Annahme oder Aufnahme²⁾ durch den Schuldner erfolgt sein. Das bedeutet ein Doppeltes: das schadende Ereignis muss an sich durch die der schadenden Person obliegende oder freistehende

1) S. auch I. 5 § 7 comm. s. auch Text zu Anm. 4 S. 25.

2) Für das „in Beziehung setzen“ gibt es leider kein entsprechendes Substantiv.

Thätigkeit hervorgerufen worden sein können, und es muss wirklich die schadende Handlung einen Teil jener Thätigkeit dargestellt haben. Von den Sachen wird dann am Schlusse des Paragraphen gehandelt werden.

Das erste Erfordernis drückt man gewöhnlich durch den Gegensatz von Obligationswidrigkeit und selbständigem Delikt aus¹⁾. Allein man trifft damit die Sache nicht. Denn abgesehen davon, dass eine eigentliche Obligationsverletzung die dritten Personen, die in gar keiner Obligation zu stehen brauchen²⁾, nicht begehen können, fallen unter die Haftung des Schuldners auch Delikte, wegen deren der Thäter selbständig haften würde, namentlich *damnum iniuria datum*, und es unterfallen der Haftung des Schuldners nicht eine Anzahl von Handlungen, die, vom Schuldner begangen, Contraktsverletzungen wären, dann nämlich nicht, wenn die Anstellung z. B. des Gehülfen auf eine nur beschränkte Thätigkeit ging und die Handlung eine Überschreitung dieses Rahmens durch den Gehilfen darstellt³⁾. Hat der Schuldner der Person, die er in Beziehung zum Gegenstand des Schadens gesetzt hat, keine Beschränkung auferlegt, dann allerdings macht ihn jede Handlung desselben, die bei ihm selbst eine Obligationswidrigkeit darstellen würde⁴⁾, haftbar, und er haftet umgekehrt für alle andern Handlungen nicht. So haftet er also nie z. B. für Diebstahl, Beleidigung, Mord, Totschlag⁵⁾. Ist die an- oder aufgenommene Person hinsichtlich ihres

1) S. z. B. Goldschmidt „Abgrenzung von Delikten und Contraktsverletzungen“ (a. a. O. § 2). Die Untersuchung selbst dagegen beruht bei Goldschmidt nicht auf dieser unzutreffenden Unterscheidung.

2) Auch nicht zum Schuldner, z. B. die Kinder, Sklaven, *hospites*.

3) So z. B. wenn Jemand das Pferd eines anderen, der es selbst nur gemietet hat, statt, wie ihm aufgetragen, spazieren zu führen, in die Schwemme reitet, wenn das Pferd dort in einen Strudel gerät und untergeht.

4) So auch Goldschmidt S. 294.

5) Fälle: Der Mandatar, der jemandem einen unangenehmen Auftrag auszurichten hat, beschimpft diesen bei dieser Gelegenheit. Der Sachwalter verhindert die Gegenpartei am Erscheinen vor Gericht, um seiner Partei den Prozess zu gewinnen. S. auch Goldschmidt S. 295. In Betreffs des Diebstahles scheinen sich l. 5 § 13 comm., l. 45 § 1 loc. und l. 62 § 5 de furtis, l. 12 § 1 comm. zu widersprechen. Aber

Wirkungskreises beschränkt, so stellt sich die Frage so: Würde die Beschädigung, wenn sie vom Schuldner ausginge, ihn haftbar machen und gehört sie zu den Handlungen, welche in der dem Dritten zugewiesenen oder zustehenden Thätigkeit vorkommen können? Dies letztere ist eine Auslegungsfrage.

Damit aber der Schuldner hafte, genügt nicht, dass objectiv die schädigende Handlung vom Dritten innerhalb seines Thätigkeitskreises eingenommen sein kann: sie muss als zu ihm gehörig vorgenommen sein. Wenn der Dritte eine bestimmte Handlung auf Grund der ihm eingeräumten Stellung vornehmen darf, sie aber vornimmt in der erkennbaren Absicht, nicht auf Grund seiner Stellung zu handeln, so ist der Schaden nicht eingetreten auf Grund der Einräumung dieser Stellung, wenn auch vielleicht erst diese den Dritten in die Lage versetzt hat, den Schaden zu bewirken. Ein solcher Fall ist freilich dann schwer denkbar, wenn der Dritte alles thun darf, was dem Schuldner selbst zusteht; dagegen kann er leicht vorkommen, wenn die Thätigkeit des Dritten bestimmte Grenzen gesetzt erhalten hat. Der Hauptfall ist der, dass der Dritte dolose handelt¹⁾; denn damit lehnt er sich offen gegen die Beschränkung seines Wirkungskreises auf, vorausgesetzt, dass er seine ganze Thätigkeit dolose vollzog. Nimmt er nur einzelne Handlungen dolose vor, so hat er doch seine Thätigkeit im Ganzen auf Grund der An- oder Anfnahme durch den Schuldner vorgenommen und da der Schuldner nicht haftet, weil er ihn gerade zur schadenden Handlung, sondern weil er ihn zu einer Thätigkeit angestellt hat²⁾, die sich nicht in eine bestimmte Anzahl einzelner Handlungen auflösen lässt, so muss sich der Schuldner sagen lassen,

in letzterer Stelle liegt ein Verbot vor s. S. 33 Anm. 4 und über l. 62 § 5 s. S. 48 Anm. 2.

1) Eine andere Frage ist, ob aus Obligationen, nach denen der Schuldner nur für dolus einsteht, er auch für die levis culpa von Gehülfen hafte. Sie ist zu verneinen auf Grund von l. 62 § 6 de furtis in Verbindung mit § 5 eod. und der noch vorzunehmenden Feststellung, dass culpa der Gehülfen culpa des Herrn ist.

2) S. Goldschmidt S. 295, 296. Auf einen „Auftrag“ des Schuldners kommt es aber überhaupt nicht an: l. 11 pr. loc, l. 65 pr. de usufr.

dass der Dritte sich immerhin nicht ausserhalb der ihm angewiesenen Thätigkeit gestellt habe, dass dessen Wille keine einzelnen, an sich in deren Umkreis fallende Handlungen daraus eximieren könne. Deshalb haftet der Schuldner, der alle ihm obliegenden oder zustehenden Handlungen einem Dritten zur Vornahme zugewiesen hat, auch für dessen dolus¹⁾.

1) Die Haftpflicht des Schuldners für dolus Dritter nehmen an l. 2 § 1 si mensor, l. 45 § 1 fam. erc., verneinen l. 16 dep., l. 16 ad exh. [s. auch l. 27 § 4 R. V.], l. 18 pr. C. E., cap. 7 X. de pign. 3, 21, vielleicht auch l. 1 § 2 si mensor [wo ausgesagt zu werden scheint, dass für den dolus des mit der Renunciation beauftragten Boten der Geometer nicht hafte, dagegen wohl — l. 2 § 1 eod. — für den dolus desjenigen, dem er die ganze Messung übertragen hat]. Bartolus [in der Glosse zu l. 5 § 13, l. 10 § 1 i. f. comm.] rechnet hierhin auch die Stellen, die von der Nichthaftung für Diebstahl reden. Aber s. Anm. 5 S. 43. — L. 16 dep. gehört nicht hierhin. Der Depositär haftet nicht für den dolus des Unterdepositars, weil die ganze Thätigkeit des Depositars sich darauf beschränkt, die Sache bei sich liegen zu lassen, er aber keinerlei Thätigkeit an der Sache selbst vorzunehmen hat. Hat also der Unterdepositar die Sache beschädigt und gar dolose [s. aber auch l. 1 § 16 h. t.], so hat er gar nicht in seiner Eigenschaft als [Sub-]Depositär gehandelt. — Die übrigen Quellenstellen dagegen empfangen Licht durch die im Text gemachte Unterscheidung. Sowohl in l. 2 § 1 si mensor, wie in l. 45 § 1 fam. erc. hatte der beschädigende Dritte alle dem Schuldner obliegende Thätigkeit vorzunehmen. [In l. 45 § 1 cit. ist der Sklave Vermögensverwalter: „rei communi applicuerit“]. In den anderen Stellen dagegen fällt ihm nur ein Teil der Thätigkeit des Schuldners zu. In l. 16 ad exh. steht der Herr in der Obligation ad exhibendum, der Sklave aber hat die Sache und hat dolose den Besitz aufgegeben; in den l. 1 § 2 si mensor, l. 18 pr. C. E. gehört zur Leistung die Mitteilung von der Grösse eines Grundstücks und der beauftragte Sklave oder sonstige Mensch macht dieselbe absichtlich falsch; in cap. 7 X de pign. hat ein Pfandschuldner ein pactum commissorium eidlich bestärkt. Vor dem Verfalltage übergibt er die Schuldsumme einem Boten, von dessen Treue er überzeugt zu sein Grund hatte [„fidelem nuncium prout ei videbatur“], dieser liefert sie nicht ab, der Verfalltag kommt, aber die Handlung des Boten schadet dem Schuldner nicht: das pactum commissorium tritt nicht in Wirksamkeit. — Beispiele: dem Mieter schadet nicht die dolose Brandstiftung seines Gastes, wohl die eines Familienmitgliedes und des Aftermieters. Der Commodatar haftet für den dolus dessen, dem er das geliehene Buch zum Lesen, nicht für den dolus dessen, dem er es zum Rücktragen gegeben. Wer im Falle der l. 20 § 2 praescr. verb. als

Desgleichen liegt eine Haftpflicht des Schuldners nicht vor, wenn die schadende Handlung reiner Zufall war, obwohl sie zu den Handlungen gehört, die an sich auf Grund der dem Dritten zugestandenen Thätigkeit vorkommen konnten¹⁾.

Durchschnittlich haftet also der Schuldner für die negligentia und culpa der Dritten, welche diese bei der ihnen zugestandenen oder überwiesenen Thätigkeit begangen haben²⁾. Die Quellen erwähnen diese culpa des Dritten auch durchgängig³⁾.

Was nun die Sachen betrifft, welche dem Gläubiger einen Schaden gebracht haben, so stehen auch sie unter dem ausgeführten Prinzip. Aber dies erleidet Modificationen, begründet im Unterschied von Sache und Person⁴⁾. Es ist schon gesagt worden, dass auch Sachen dieselbe Thätigkeit, wenigstens zum Teil, ausüben können, wie der Schuldner selbst. In diesem Falle sind die in der Person des Schuldners begründeten Voraussetzungen — erlaubte Annahme zu obliga-

bestellter Wächter die Sachen dolose beschädigt, verpflichtet den Schuldner so wenig, wie der, der sie zurückzubringen hatte.

1) Einen solchen Fall enthält l. 20 comm. Hier ist nicht nur der Herr, sondern auch der Sklave schuldlos.

2) Die Haftung deckt sich nicht etwa mit der des art. 1384 c. c. [„sont responsables . . . les maîtres et les commettans du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions aux quelles ils les ont employés“]. Gleich ist beiden Rechten, dass für die Gehülfen gehaftet wird, soweit sie sich innerhalb ihres Geschäftskreises schuldvoll bewegt haben, nicht sofern sie einzelne Aufträge nicht richtig ausgeführt haben [s. auch Goldschmidt S. 295], aber für das römische Recht steht fest, was im weitestgehenden Falle unter den fonctions auxquelles ils les ont employés zu verstehen ist, nämlich alle Handlungen, die den Schuldnern selbst zugestanden hätten; das französische Recht, das sich auf aussercontractliche Verhältnisse bezieht, entbehrt dagegen dieser Begrenzung, und die haltlose Praxis fällt zum Teil ins Masslose, s. die bei Dreyer, S. 81 fg. angeführten Urteile, Laurent, princ. de droit civ. XX n. 503. S. auch Jaques S. 89 fg., Eger, Haftpflichtgesetz S. 125, Wäntig a. a. O. S. 36. Die anderen Differenzen interessiren hier nicht.

3) l. 20 § 3 neg. gest., l. 11 comm., l. 23 § 1 pro socio, l. 11 pr., 13 § 5, 25 § 7, 60 § 7 loc., l. 20 § 2 praescr. verb. u. a. m.

4) Insofern ist das Prinzip, dass es gleichgültig, ob Sachen oder Personen den Schaden bewirkt haben, nicht ganz streng durchgeführt. Aber der Ausgangspunkt ist derselbe.

tionsgemässer Thätigkeit — dieselben, wie beim Schaden, der durch Personen angerichtet ist. Das ist auch im Allgemeinen wahr hinsichtlich der Voraussetzungen, die durch das zu schädigende Subject geschaffen werden. Auch hier muss in Verfolg der auszuübenden Thätigkeit das schädigende Ereignis geschehen sein können und auf Grund derselben wirklich geschehen sein. Hier nun tritt eine Besonderheit zu Tage: die schadende Thätigkeit beruht nicht auf dem Willen der agierenden Sachen — Sachen, selbst belebte, haben im Rechte keinen Willen —, also nicht auf deren culpa oder dolus, sondern auf einer objectiv schädlichen Eigenschaft, vitium¹⁾, deren Dasein unwiderleglich eben durch den Eintritt des Schadens in Folge der Aktion der Sache festgestellt wird. Der Schuldner haftet demnach für jeden Schaden durch die Sache, der in der Sache, in ihrer Fehlerhaftigkeit seinen Ursprung fand²⁾, nur mit der Einschränkung, dass er nicht die Folge einer Thätigkeit sein darf, zu deren Ausübung die Sache nicht bestimmt war³⁾.

1) Dass das vitium bei Sachen der culpa bei Personen entspricht, geht schon daraus hervor, dass statt vitium zuweilen culpa gebraucht wird [so in l. 5 § 7 comm.: „machinae culpa“], ferner erhellt es aus dem Gegensatz von „vitio materiae“ und „imperitia facientis“ in l. 13 § 5 loc. S. auch die Stellen, nach denen für Sachen und Personen als für minus idoneae gehaftet wird: l. 13 § 1 loc., l. 10 § 1 de leg. Rhod., l. 16 § 1 R. V. in Verbindung mit einander. — Zum Begriff s. l. 27 § 9. 10 de damn. inf.

2) Zu demselben Resultate ist auf dem umgekehrten Wege, ausgehend von der vis maior, gekommen Exner a. a. O. S. 555 fg., insb. 559. Die Einwendungen Dernburg's lassen sich mit der exceptio vis maioris und ihrer erst nachträglichen Entstehung [l. 3 § 1 i. f. nautae] nicht vereinigen. Dies gilt auch gegen Goldschmidt, receptum. S. auch Pernice Labeo II S. 347, Leonhard S. 369 fg. Beispiele: In des Schuldners Fabrik platzt ein Kessel; eine Partie der seinen Kunden gehörenden Sachen, die er noch einer Bearbeitung unterziehen soll, wird zerstört: er haftet. Der Schornstein der Fabrik wirft Funken aus, diese verursachen den Brand der Fabrik, dieselben Sachen gehen zu Grunde. Auch hier haftet der Schuldner. Dagegen ist er von der Haftung frei, wenn bei einem, auch nur kleinen Erdbeben, der Schornstein einstürzt und Sachen eines Gläubigers beschädigt [l. 59, 62 loc.].

3) Dann wird in den allermeisten Fällen zugleich eine obligationswidrige Beschäftigung durch den Schuldner vorliegen. Denn nur

Auch diese Beschränkung fällt aber fort, wenn die Beziehung, in die der Schuldner die Sache zum Gegenstand des Schadens gesetzt hat, nicht in der Anweisung oder Zulassung einer Thätigkeit bestand, die Sache in passivem Zustande verblieb. Dann haftet der Schuldner für allen Schaden, der aus der Beschaffenheit der Sache erwachsen ist¹⁾, ja selbst für den dolus, wenn es sich um einen Sklaven handelte²⁾.

§ 12. Der Gegenstand des Schadens.

Weitere Voraussetzungen, als die angegebenen, gibt es für die Haftpflicht des Schuldners hinsichtlich der den Gläubiger

sehr selten bestimmen sich Sachen selbst [z. B. intelligente Tiere]. Im römischen Recht kam hier der Sklave in Betracht. Dieser wurde, wenn er vom Schuldner zu einer gewissen Thätigkeit zugelassen oder beauftragt wurde, gleich der Person behandelt und es kam mithin bei ihm auf dolus et culpa, nicht auf vitium an. Anders wenn er nur als Object erschien. S. unten Anm. 2.

1) So verstehe ich l. 36, 37, 59, 62 loc. Der redemptor hat für vitium operis einzustehen, also für schlechte Materialien [dass er in l. 13 § 5 eod. nicht für vitium materiae haftet, beruht darauf, dass nach l. 62, 36 der redemptor die Baumaterialien liefert, in l. 13 § 5 dagegen dem redemptor der Stein geliefert wird] und für die Thätigkeit seiner Maschinen und Leute. — Hinsichtlich der Leute gilt übrigens im Einzelnen das früher Gesagte. Beispiele: In des Schuldners Fabrik findet eine Selbstentzündung von Pulver statt und der Brand ergreift Sachen der Gläubiger [z. B. der Arbeiter]; das zu transportierende Fass Wein gerät zwischen Petroleumfässer und der Wein nimmt den Geschmack von Petroleum an. In beiden Fällen haftet der Schuldner. Dagegen braucht Vermieter eines Wagenpferdes nicht den Wagen des Mieters zu ersetzen, den das durch Bremsen oder glühenden Zunder, den ein Bösewicht im Ohr des Pferdes angebracht hat, tollgemachte Tier in seinem Schmerz kurz und klein geschlagen hat. — Die Voraussetzung von culpa und vitium erklärt auch, warum die Naturkräfte, die an sich auch vom Schuldner auf Sachen des Gläubigers hingeleitet werden können, ohne dass der Schuldner in culpa zu sein brauchte, nicht wie Personen und Sachen denselben haftbar machen können. Sie sind ihrem Begriff nach casus. S. Anm. 3 S. 26.

2) Dies ist der Fall der l. 62 § 5 de furtis. Der gekaufte Sklave ist rein Object. Deshalb wird für allen aus seiner Fehlerhaftigkeit entsprungenen Schaden gehaftet, ohne Rücksicht auf die Willensrichtung des Sklaven.

schädigenden Personen und Sachen nicht. Man hat aber behauptet, dass es doch noch auf den Gegenstand des Schadens ankomme¹⁾. Die Haftung des Schuldners für dieselben beschränke sich nämlich auf den Fall der Beschädigung, Zerstörung und des Abhandenkommens der vom Gläubiger dem Schuldner übergebenen Vermögensstücke. Umgekehrt hat man als These aufgestellt, dass die schädigende Handlung des Gehülfen nur dadurch den Schuldner verpflichte, dass er sich auf sie als auf casus bei der durch die Handlung herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung nicht berufen dürfe. Deswegen muss auch auf den Gegenstand des Schadens in Kürze eingegangen werden.

Die Divergenz dieser Ansichten beruht auf der prinzipiellen Zwiespältigkeit der Haftung des Schuldners²⁾. Derselbe hat vor allem zu leisten, also zu handeln. Thut er das nicht, so steht er dem Gläubiger für dessen Interesse hieran ein, ausgenommen, wenn die Leistung unmöglich geworden ist, hiervon wieder ausgenommen, wenn sie es durch seine Schuld geworden ist. Der Schuldner haftet danach entweder, weil er handeln konnte, aber nicht wollte, oder weil er durch seine Schuld nicht handeln konnte. Die Schuld liegt in der Beseitigung der unentbehrlichen Voraussetzungen der Leistung³⁾. Es ist klar, dass die Schuld von Gehülfen

1) Auf diesen wichtigen Punkt hat zuerst hingewiesen Bechmann in d. ang. Kritik der v. Wyss'schen Arbeit. Er unterscheidet, wie der Text, zwischen Haftung für nicht gehörige Erfüllung und für unsorgfältige Behandlung der allenfalls übergebenen Vermögensstücke des locator. Aber, dass diese Unterscheidung den Ausgangspunkt der Frage nach der Haftung ex opere locato conducto zu bilden habe, davon habe ich mich nicht überzeugen können. Weiter haben auf die Unterscheidung gerade in Rücksicht der Frage nach der Haftung des schuldlosen redemptor auch für Gehülfen Wert gelegt Goldschmidt, Verantwortlichkeit S. 359 fg., Dreyer S. 92 fg. Nach des letzteren These käme es nur auf die Nichtleistung in Folge von Schuld der Gehülfen an, aber seine Abhandlung beschäftigt sich auch mit anderen Fällen der Schadenszufügung.

2) S. § 2 a. A.

3) Diese Voraussetzungen sind der verschiedensten Natur. Bei persönlichen Leistungen gehört dahin die Person des Schuldners, bei Leistungen vermittelt bestimmter Dritter deren Person; es fallen hier-

und den ihnen gleich gestellten Personen und Sachen nicht in einem Ausbleiben des Willens des Schuldners bestehen kann¹⁾. Für Gehülfen wird also gehaftet, weil sie die Umstände, auf Grund deren die Obligation allein erfüllt werden konnte, beseitigt haben. Aber es wird doch nicht nur deswegen für sie gehaftet. Den wichtigsten Fall der Voraussetzungen der Obligation bilden nämlich die Sachen mit, oder an, oder durch welche die Leistung vorzunehmen ist. Aber der Schuldner und ebenso der Gehülfe können auch andere Sachen des Gläubigers beschädigen und dafür gemäss der Obligation haften müssen²⁾. Der Glaser, der, um die eine

hin ferner Rechtsverhältnisse, z. B. Eigentum des Schuldners und als Hauptfall das Dasein und die Unversehrtheit von Sachen.

1) Daher denn ein Gehülfe durch seine Handlungen den schuldlosen Herrn nicht in Verzug setzen kann. So auch Mommsen *Mora* S. 273. [Auf l. 10, 11, 20 comm. darf man sich freilich nicht berufen; diese handeln von Sachbeschädigung; aber beweisend erscheinen l. 16 ad exh., l. 27 § 4 R. V., c. 7 X de pign. cit. cit. l. 137 § 3, l. 15 V. O.] Nach letzteren braucht der Bauunternehmer nicht zu bauen, wenn die Arbeiter Ausstand machen, um unbillige Lohnsätze durchzubringen, und er andere Arbeiter nicht bekommen kann. Er verfällt dann nicht in Verzug, wiewohl der Ablieferungstermin [und ev. Mahnung] eingetreten ist [„non utique conquisicis undique fabris . . . festinare debet nec rurus uno atque altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum“ und der Schluss]. In l. 15 kann das incendium sehr wohl durch Schuld der Gehülfen entstanden sein. Gegen Mommsen s. Dreyer S. 92. Aber er wird dem Erfordernis der Kenntniss oder der crassa ignorantia des Schuldners von seiner Erfüllungspflicht nicht gerecht [l. 63 R. I., l. 24 pr. de us. et mora, l. 5 R. C. Mommsen a. a. O. S. 57 fg.]. Wenn der Schuldner einen zuverlässigen Dritten mit der Übermittlung der Leistung beauftragt hat, so darf er annehmen, dass die Leistung dem Gläubiger zugekommen sein werde, und braucht nicht die Folgen auf sich zu nehmen, die daraus entstehen, dass er auch nur beim geringsten Überlegen sich hätte sagen müssen, dass der Gläubiger noch nicht befriedigt sei: arg. c. 7 X de pign. cit. — Dagegen schützt sich der Schuldner dadurch nicht vor der Versetzung in Verzug, dass er einfach einen Dritten mit der Vornahme der ganzen Leistung betraut; denn dadurch kann er nicht behaupten die genügende Überzeugung erlangt zu haben, dass seine Schuld getilgt worden sei. Er muss da selbst zusehen. Das ergiebt sich entsprechend aus l. 20 § 3 neg. gest., l. 45 § 1 fam. etc.

2) An sich kann ja der Schuldner oder sein Gehülfe alle Sachen

Scheibe einzusetzen, sich an die andere lehnt und diese zerdrückt, hat die letztere zu ersetzen und zwar nach Inhalt seines Obligationsverhältnisses, nicht nur wegen Vergehens gegen die *lex Aquilia*, und ebenso haftet er, wenn nicht ihm, sondern seinem Gehülfen der Schaden passiert ist¹⁾. Dabei kann er seine Leistung auf's beste verrichtet haben. Diese Haftung sei „Haftung für Gegenstände“ genannt. Sie liegt aber durchaus nicht nur vor, wo die Beschädigung der Sachen die Möglichkeit der Leistung nicht ausschliesst, sondern auch, wo durch sie eine wahre Unmöglichkeit der Erfüllung geschaffen wird, weil sie den Leistungsgegenstand oder das unersetzliche Leistungsmittel betraf²⁾. Wer den Transport

des Gläubigers beschädigen, aber eine Haftung aus der schon bestehenden Obligation erwächst nur, wenn der Schaden in Ausführung einer Thätigkeit entstanden ist, welche zum Zweck der Ausübung der bestehenden Obligation vorgenommen ist. S. die §§ 10 u. 11. Der Glaser würde also *ex locato* bzw. *emto* nicht haften, wenn er die zweite Scheibe aus Versehen mit seinem Glaserkasten eingestossen hätte. — Es sind übrigens durchaus nicht nur Sachen, welche, ohne dass die Leistung dadurch beeinträchtigt würde, beschädigt werden können, sondern auch Personen: l. 13 § 4 *loc.* Auf dieser Stelle und in l. 62 § 5 *de furtis* beruht der Beweis der von der Haftung für die Leistung unabhängigen Haftung für Gegenstände. Nach ersterer haftet aus dem Lehrvertrag der Lehrherr, der unter Überschreitung seiner Zuchtgewalt [s. Reichsgewerbeordnung § 127] dem Lehrling ein Auge ausgeschlagen hat — dabei kann er aber den Jungen im Handwerk meisterhaft unterrichtet haben. In l. 62 § 5 hat der Auftraggeber eine Leistung überhaupt nicht zu machen und steht doch für die Sachen ein, die der auftragsgemäss gekaufte Sklave dem Beauftragten entwendet hat. — Es gehört hierhin auch ferner der Fall, dass die zu transportierende Sache nur beschädigt ist. Die Leistung, der Transport, hat stattgefunden und die Beschädigung lässt sich nicht [so Dreyer S. 93, aber s. Pernice *Labeo* II S. 275] als mangelhafte Leistung qualifizieren. S. auch Anm. 2 dieser Seite.

1) Entsch. des R.-O.-H.-G. I S. 254 (17. I. 71).

2) Und zwar liegt sie hier immer vor, sobald nur die Obligation den Schuldner oder die von ihm angestellten Personen oder angebrachten Sachen zu Sachen des Gläubigers in Beziehung setzt. Nur ist zu bemerken, dass praktisch dann eine Differenz der beiden Haftungen sich nicht zeigen wird, wenn die Leistung nur in der Überlieferung einer Sache besteht, wie bei *Commodat* und *Kauf*. Dann ist eben der Wert der geschuldeten Handlung an sich gleich Null. Beim

einer Säule im Wert von 1000 zum Satze von 100 übernommen hat und schuldvoll die Säule zerstört, der hat zu ersetzen 1) den Wert der Säule mit 1000, 2) das Interesse des Gläubigers an der Leistung mit 100 und mehr¹⁾. Gerade für diesen Fall erhebt sich nun die Frage: Haftet der Schuldner, wenn nicht er, sondern seine Leute die Säule schuldhaft zerstört haben, auch für das Leistungsinteresse, also mit $1000 + [100 + x]$, oder blos in Höhe des Wertes der Säule, also mit 1000²⁾? Dass er, wenn er auch selber in

Kauf ist zudem der Wert der Sache unter den Parteien vertragsmässig durch die Bezifferung des Preises festgesetzt [das alte interesse conventum s. Mommsen, zur Lehre vom Interesse S. 23 fg., Cohnfeldt, Interesse S. 5, 6, Windscheid, krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswiss. II S. 538 (dessen Bemerkungen diese Auffassung nicht berühren)].

1) Diese Differenzierung der Haftung für den Wert des Guts und für das Interesse an seiner Ablieferung hat auch das Handelsgesetz im art. 396 angenommen. [Es ist zu bemerken, dass beantragt war, auch bei culpa solle der Frachtführer für das Leistungsinteresse eintreten: Protok. S. 5114, 5115, 4710. — Die Commission ist übrigens ausgegangen davon, dass der gemeine Handelswert den entgangenen Gewinn und das individuelle Interesse nicht umfassen solle, aber diese Auffassung schlägt nichts für die Dogmatik. S. Prot. S. 4708, 4711]. Desgleichen ist sie ausgesprochen in einem Urteil des Reichsoberhandelsgerichts [VII S. 55, s. auch XVIII S. 235] und im lübischen Recht [IV c. 98, cit. nach Löning]. S. auch Dreyer S. 94.

2) Es ist das nicht der einzige Fall, wo die Unterscheidung der Haftung nach ihren zwei Seiten praktisch wichtig wird. Sie ist m. E. auch für den Beweis relevant. Denn der Gläubiger, der, wiewohl er die Leistung erhalten hat, wegen Sachbeschädigung Ersatz fordert, muss die Schuld des Schuldners oder seiner Angestellten oder die Fehlerhaftigkeit seiner Sachen erforderlichen Falls beweisen, dahingegen der nicht leistende Schuldner den casuellen Charakter der Unmöglichkeit der Leistung darzuthun hat [Windscheid, Pand. II § 265 A. 7] und, wofern die Schuld oder Fehlerhaftigkeit genannter Personen ihm als eigene Schuld angerechnet wird oder er auch ohne diese Anrechnung für dieselben wie für selbst verursachten Schaden einzustehen hat, so muss er hier auch den Beweis der Fehlerlosigkeit dieser führen. Dass er aber so haftet, soll im § 13 nachgewiesen werden. — Ferner ist m. E. die Unterscheidung ausschlaggebend in der Streitfrage, ob, wer casus zu prästiren hat, Interesse oder Sachwert ersetzen müsse [s. hierüber insb. Mommsen Interesse S. 96, Windscheid, Pand. III § 647 A. 11, Ztsch. f. d. ges. Rswiss, III S. 530 fg. — diese Darstellung ist besonders hervorzuheben — Cohnfeldt, Interesse S. 236 fg., v. Vange-

Schuld ist, ersteres zu vergüten habe, ist gewiss. Aber es ist nicht anders zu entscheiden, wenn lediglich Schuld der Gehülften vorliegt¹⁾. Wenn hier der Prinzipal haftet, weil er eine Thätigkeit den Gehülften übertragen hat, die in den Kreis der Thätigkeit fällt, zu denen er berechtigt oder verpflichtet war, und wenn in dieser Thätigkeit die Gehülften den Gläubiger geschädigt haben, dann ist es an sich schon wahrscheinlich, dass der Schuldner, wenn er einmal haftet, so haftet, wie er haften würde, wenn er die betreffende Thätigkeit selbst ausgeübt und selbst in ihr den Schaden angerichtet hätte. Die Quellen deuten nicht an, dass die Haftpflicht für Gehülften sachlich eine andere sei, als die eigene, vielmehr ist nach l. 36, 62 loc. wohl anzunehmen, dass gerade das Ausbleiben der Leistung *vitio operis*, also auch in Folge Verschuldens der Arbeiter, den Gegenstand des vom redemptor zu ersetzenden Schadens bildet²⁾.

Der Schuldner haftet also für Gehülften, für andere Per-

row, Lehrb. d. Pand. III § 571 A. 3, Arndts, Pand. § 222]. Da der Schuldner nicht handeln kann über die Grenze der Handlungsmöglichkeit und des *casus*, hinaus, so muss das Einstehen für *casus* entweder eine Garantieübernahme sein [kein Garantievertrag Stammer a. a. O. S. 7] dafür, dass ersetzt werden solle, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn die Handlung nicht unmöglich geworden wäre, was nicht anzunehmen ist [selbst beim Versicherungsgeschäft nicht, s. hierüber Endemann a. a. O. IX 325, aber auch X 312], oder der Schaden, der zu ersetzen ist, liegt nicht im Fortfall einer Handlung, sondern in der Beschädigung von Sachen. Dann haftet der Schuldner aber auch nur für deren Wort. — Die historische Richtigkeit der Unterscheidung hat Pernice *Labeo* II S. 230 fg., 330 dargethan. — Näheres gehört nicht hierher.

1) So auch Bolze a. a. O. S. 90 A. 8.

2) So hierfür auch Bechmann a. a. O. Nähme man dies nicht an, so würde der redemptor, der mit eigenem Material baut, beim Zusammensturz des Hauses dem Gläubiger nur den Bauschutt abräumen müssen, was der l. 36 [*opus . . periculo . . est*] schwerlich entspricht. Aber allerdings hat er nicht nur die Gegenleistung verwirkt, beziehentlich muss er nicht nur von neuem gegen einmalige Gegenleistung bauen [l. 137 § 3, l. 15 V. O.], sondern er muss auch die beim Einsturz zu schaden gekommenen Sachen des Gläubigers ersetzen. Soll [nach Goldschmidt a. a. O.] der redemptor den Bauschutt auf dem Grundstück liegen lassen dürfen? Ob der locator noch weiteres Interesse fordern kann, gehört nicht hierher. — Siehe zum Ganzen Bechmann a. a. O.

sonen und für Sachen, sofern sie nur dem Gläubiger einen Schaden gleichviel welcher Art gebracht haben, in dem Umfange, als er diesen Schaden ersetzen müsste, wenn er ihn selbst verursacht hätte. Die Haftung seiner eigenen Handlungen wegen ist allerdings je nach dem Gegenstande des Schadens eine verschiedene und daher, aber nur folgeweise, auch die wegen Schädigung des Gläubigers durch die dritten Personen und Sachen, aber etwas Besonderes für die Haftung für diese folgt aus der Verschiedenheit des Gegenstandes des Schadens nicht.

§ 13. Der Quellenbeweis.

Das über die Voraussetzungen der Haftung Gesagte harrt noch des Beweises. Es ist zwar bei der Entwicklung im Einzelnen schon auf die wenigen Stellen hingewiesen, welche Consequenzen der angenommenen These bestätigten, aber gerade der Hauptpunkt, dass nämlich der Schuldner für dritte Personen und Sachen, die er in Beziehung zum Gegenstand des Schadens gesetzt hat, haftet, als wie für eigene Schuld, dieser Satz ist noch im Zusammenhange quellenmässig zu erhärten.

Diesen Beweis liefern schon eine Anzahl der Stellen, auf welche man gerade die Lehre von der culpa in eligendo gründet¹⁾; die andern von diesen lassen sich wenigstens mit der These sehr bequem vereinigen²⁾ und den Ausschlag geben die Stellen, mit denen, wie gezeigt, die Lehre von der culpa in eligendo nicht zu vereinigen ist³⁾.

1) l. 20 § 3 neg. gest., l. 45 § 1 fam, erc., l. 11 pr. loc., l. 10 § 1—l. 12 pr. comm.

2) l. 27 § 9 ad leg. Aqu., l. 22 § 11 mand., l. 24 § 7, 8 de damno inf., l. 12 P. et C.—l. 16 dep. u. l. 20 comm., die hierhin gehören würden, sind schon besprochen und kommen drum hier nicht mehr vor.

3) S. § 7. Auf l. 40, 41 loc. soll der dort erhobenen Einwendung wegen hier nicht eingegangen werden, desgleichen nicht auf l. 5 § 9, 10 de inst. act. als auf eine Stelle, deren Interpretation irgend welchen Beweis doch nicht ergeben würde. — Leonhard S. 352, 353 hat ganz recht, wenn er, statt die einen Stellen durch die anderen zu interpretieren, verlangt, dass man erst untersuche, ob sie denselben Thatbestand haben. Aber dass sie den nicht hätten, hat er durchaus nicht dar-

L. 20 § 3 neg. gest. zunächst sagt: Auf Grund der That-
sache, dass du den Lucius Titius mit der Verwaltung meines
Vermögens beauftragt hast und dass Lucius Titius diese Ver-
waltung schlecht und nachlässig geführt hat, haftest du mir
und zwar nicht nur auf Klagenprästation, sondern unmittelbar
auf Ersatz alles durch seine Nachlässigkeit mir entstandenen
Schadens. Denn¹⁾ du hast ihn unvorsichtig ausgewählt. In
diesem letzten Satz wird kein neues Thatbestandsmoment an-
gegeben, sondern es werden die vorher angegebenen als Be-
gründung verwandt. Denn sonst hätte deren Angabe über-
haupt keinen Sinn. Also, dass du Schuldner den Titius an-
gestellt hast, dass Titius mich Gläubiger geschädigt hat und
dass er dies schuldhaft gethan, das zusammen ergibt, dass
du ihn imprudenter elegeris, und deshalb haftest du für ihn.
M. a. W.: die Anstellung des Titius wird als deine Schuld
behandelt, magst du auch bei der Anstellung eine Schuld
nicht begangen haben. Woher sonst das Erfordernis der
Schuld des Titius?

Dasselbe Ergebnis hat die Auslegung von l. 45 § 1 fam.
erc. Der Sklave, den der Erbe an die Erbschaftsmasse her-
angesetzt hat, ist in deren Verwaltung betrügerisch verfahren.
Für dessen dolus haftet der Herr nur, wenn die Stellung des
Sklaven auf seiner, des Herrn, culpa beruht und das thut sie,
weil der Herr non idoneum servum rei communi applicuerit.
Auch hier dieselbe Argumentation, wie oben: das non
idoneum servum u. s. w. ist kein neues, bislang nicht er-
wähntes Faktum, sondern die resumierende Begründung, dass
die beiden vorher erwähnten Thatfachen, der schädigende
dolus des Sklaven und die Anstellung des Herrn, culpa des
Herrn darstellen. Nicht dass er ihn schlecht gewählt oder
gar beaufsichtigt hat, sondern dass er ihn angestellt hat,
applicuerit, verpflichtet den Herrn zum Einstehen für ihn.

In l. 11 pr. loc. wird die Frage aufgeworfen: Haftet der

gethan (s. § 8) und es wird sich aus der Auslegung des Textes von
selbst das Gegenteil ergeben. So auch alle anderen Schriftsteller.

1) Es heisst „quod“, nicht „quando“ [wie Th. Mommsen lesen
will]. Das steht diplomatisch fest. S. auch l. 2 § 1 si mensor [quia],
l. 45 § 1 fam. erc. [quod], l. 27 § 11 ad leg. Aqu. [cur], l. 11 pr. loc.
[quod], l. 60 § 7 loc. [quod]. Daher auch in l. 11 comm. das qui =
quod is zu nehmen ist.

Mieter für die Schuld seiner Sklaven und der übrigen Personen, die er in's Haus eingebracht hat? Es werden zuvörderst zwei Unterfragen aufgeworfen: Erstens, haftet er für Sklaven bloß mit der Noxalklage oder suo nomine? Zweitens, haftet er für die übrigen eingebrachten Hausgenossen bloß auf Klagenprästation oder quasi ob propriam culpam? Auf die erste Unterfrage erteilt Ulpian keine Antwort, offenbar, weil sie durch die Beantwortung der zweiten mitgegeben wird. Zur zweiten erwidert er: der Mieter haftet suo nomine vorausgesetzt, dass er eine culpa in inducendis dadurch begangen hat, dass er so schädliche Personen in seine Wohnung aufgenommen hat. Diese culpa in inducendis ist also die quasi propria culpa. Es ist nicht eigentlich seine Schuld, sondern die Schuld der Leute, die er in's Haus eingebracht hat, gilt, als wäre sie die seinige. Diese seine Schuld besteht nicht darin, dass er die Betreffenden nicht hätte bei sich wohnen lassen dürfen¹⁾, sondern dass er sie bei sich aufgenommen hat und sie schuldvoll Schaden gestiftet haben.

Auch l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. statuiert eine unbedingte Haftpflicht des Schuldners für diejenigen Personen, die er angestellt hat. Sie unterscheidet: I. der vorliegende Innominatkontrakt war lediglich in meinem Interesse geschlossen. Dann haftest du nur für dolus. II. Er liegt im beiderseitigen Interesse. Dann ist bei der Frage nach der Haftung für den verlierenden Rückbringer weiter zu entscheiden: 1) ich habe ihn gewählt. Dann trage ich den Schaden. 2) Du hast ihn gewählt. Dann steht du mir gleichermassen für culpa²⁾ ein. Du haftest also im zweiten Fall, wie ich im ersten. Ich verliere meine Sache, wenn ich den Boten gewählt, du verlierst sie d. h. musst sie ersetzen, wenn du ihn gewählt. Du haftest nicht wegen schuldhafter Wahl; denn auch ich trage deshalb den Schaden nicht — ich habe mir gegenüber keine diligentia in eligendo meiner Leute zu prästieren. L. 10 § 1, l. 12 pr. würden hier nicht den geringsten Zweifel zulassen. Nun

1) Hätte er seine wilden Kinder anders wohin quartieren, seine Sklaven abschaffen sollen? Gewiss nicht.

2) Die erwähnte culpa ist die des Taxators, nicht die seines Boten. Das ergibt sich aus dem entsprechenden dolus desjenigen, der die Sache zur Abschätzung gegeben hat.

haben aber die Compileren dazwischen einen Satz des Paulus gesetzt, der den Zweifel wieder hereinzuführen geeignet ist. Aber es ist festzuhalten — es muss das auch bei dieser Stelle nachgetragen werden —, dass die Zeile des Paulus nur die Begründung und Construction der Haftung abgeben soll, die auf Grund der l. 10 § 1 einzutreten hat. Es ist also unzulässig, erst aus ihr das Verschulden bei der Auswahl zu entnehmen. Sie sagt vielmehr: deswegen weil der Bote so ungeschickt war, die Sache zu beschädigen und weil du diesen Menschen angestellt hast, deswegen haftest du für ihn. Wie soll auch der rücksendende Taxator wissen oder voraussehen können, dass der Mensch die Sache zerstören werde?

Mit der Betrachtung der l. 11 comm. sind wir eigentlich schon zu den Stellen gelangt, die sich mit der aufgestellten These nur vereinigen lassen, ohne sie zu begründen. Von ihnen sagt zunächst l. 27 § 9 ad leg. Aqu., dass der Mieter für den durch die Nachlässigkeit seines Ofenheizers entstandenen Brand hafte „si neglegens in eligendis ministeriis fuit“. Wie soll aber der Umstand, dass sein Bedienter einmal beim Feuer eingeschlafen ist, auf eine Schuld des Mieters bei dessen Annahme zurückgeführt werden? Der Schluss der Stelle schliesst die Annahme aus, als ob der Bediente ein besonders schläfriger Mensch gewesen wäre, so dass er deshalb zum Ofenheizer nicht hätte gemacht werden sollen. Worin wirklich die Schuld des Herrn besteht, sagt § 11 eod.: „si noxios servos habuit — cur tales habuit“. Die negligentia in eligendis ministeriis ist, gleich der culpa in inducendis der l. 11 pr., nur gleichsam eine culpa des Herrn, der irgend ein Versehen nicht begangen zu haben braucht.

Es gehört ferner in diese Klasse l. 22 § 11 mand.¹⁾. Sie lässt eine doppelte Auslegung zu: entweder heisst alterius der andere, also der Auftraggeber, oder irgend ein anderer, wie in l. 25 pr. O. S. Im ersten Falle kommen Gehülfen

1) L. 8 § 3 mand., welche von der Haftung für den Unterman-datar spricht, ist nicht geeignet, ein sicheres Resultat zu gewähren. Sie spricht immerhin eher von unbedingter Haftung, als von Haftung wegen culpa in eligendo. Dasselbe gilt von l. 27 neg. gest. S. auch Goldschmidt S. 315.

oder überhaupt Dritte in der Stelle gar nicht vor; aber es ist schwer zu sagen, worin denn eigentlich die Schuld des Auftraggebers bestehen könnte. Im anderen Falle liegt es nahe, unter der culpa alterius die Verabsäumung des Boten zu verstehen, der den ihm vom Mandatar gewordenen Auftrag, dem Auftraggeber die Kündigung des Mandats zu überbringen, vergessen hätte oder fehlerhaft bestellt hätte. Es würde dann in der Stelle gesagt, dass trotzdem die Kündigung wirksam sei und dass der Mandatar nicht gehalten sei, den Auftrag zu erfüllen. Dagegen ist darüber, ob er dem Mandanten etwa für den Schaden eintreten müsse, den dieser nicht gehabt haben würde, wenn er rechtzeitig die Kündigung erhalten hätte, in der Stelle nichts zu finden. Wenn er es aber auch nicht müsste, so läge darin aber doch kein Argument gegen die These. Denn es würde sich dabei nicht um die Haftung für die Erfüllung der Obligation handeln, sondern um das Eintreten für eine selbständige durch Boten vermittelte und zwar fehlerhaft vermittelte Willenserklärung¹⁾.

L. 24 § 7, 8 de damn. inf., die man auch verwertet hat, um die Haftung des Schuldners lediglich für die Ereignisse zu beweisen, die er abwenden gekonnt hätte, spricht nur von dem Sonderrecht des damnum infectum. Die cautio hierauf verfällt bei Schaden vitio operis. Als solcher gilt nicht der unabwendbare Schaden, daher zwar wohl die schlechte Beschaffenheit des Backofens, aber nicht auch die Handlung des Bäckers, der ihn z. B. gemietet hat. Aber dass deshalb nicht ex locato der Bäcker für seine Gehülfen haften müsse, die den Backofen — nicht das nebenliegende Grundstück — beschädigt haben, das geht aus dieser Stelle keineswegs hervor. Die Frage steht in ihr gar nicht zur Erörterung.

Endlich ist der l. 12 P. et C. zu gedenken. Sie spricht

1) Es liegt hier ein ähnlicher Fall vor, wie bei der Erklärung des Willens, zu contrahieren, welche ein Bote nicht oder falsch bestellt. In dem letzteren Falle freilich kommt kein Contract zu stande; denn dazu gehört, dass Erklärung und Wille sich decken [wenigstens nach der noch herrschenden Theorie s. Windscheid, Pand. II § 309 A. 5^a], dagegen wäre im Falle der l. 22 § 11 die Kündigung allerdings erfolgt, nur noch nicht mitgeteilt. — Es lässt sich übrigens nicht verkennen, dass auch die zweite Erklärung der l. 22 § 11 ihr sehr Bedenkliches hat. S. allerdings auch cap. 7 X de pign. 3, 21 cit.

mit der grössten Bestimmtheit aus, dass die Nachlässigkeit der Sklaven, durch welche das verkaufte Haus in Brand gesetzt worden ist, an sich noch nicht eine Schuld des Herrn einschliessen müsse, und dass, wenn der Herr ungeachtet der Schuld der Sklaven selbst nicht in Schuld sei, er nicht hafte. Dann nennt sie einen Fall, in welchem aus diesem Grunde der Herr nicht haftet: Er hat das Haus so gut bewacht, wie nur immer ein sorgsamer Mann es kann. Also, nicht dass er die Sklaven, sondern dass er das Haus so sorgsam gehütet, entlastet ihn von der Haftung, und daher umgekehrt: nicht dass er die Sklaven nicht ordentlich beaufsichtigt, sondern dass er in *insula custodienda* etwas versehen hätte, würde ihn haftbar machen. Er hat nämlich das verkaufte Haus frei zu stellen, leer und bereit zur Uebergabe zu halten¹⁾. Er darf es nicht mehr selbst benutzen, noch von seinen Sklaven benutzen lassen. Schleichen diese sich aber doch ein, trotzdem er das Haus zugeschlossen und alles zu seiner Bewachung Erforderliche gethan hat, dann haftet er nicht — und das stimmt auch ganz mit der These, denn dann hat nicht er die Sklaven in oder an das verkaufte Haus gebracht, diese haben sich vielmehr eigenmächtig gegen seinen Willen dort zu schaffen gemacht.

Also die Stellen, deren sich die Theorie der culpa in eligendo als Beweismittel bedient, lassen sich alle mit der These wohl vereinigen, ja beweisen sie zum Teil. Um so mehr thun dies die anderen, von denen schon zur Bekämpfung jener Lehre Gebrauch gemacht worden ist.

L. 60 § 7 loc., um mit dieser zu beginnen, erinnert lebhaft an l. 10 § 1—l. 12 pr. comm. Der Eingang interessiert an diesem Orte nicht. Die Stelle fährt dann fort: Ich habe dir einen Sklaven als Maultiertreiber vermietet und dieser hat dein Gespann beschädigt. Bei der Frage, ob ich hafte, kommt es darauf an, ob du sine definitione personae gemietet hast oder nicht, so dass ich der Vermieter den Sklaven allein ausgewählt oder du ihn mir bezeichnet hättest. In beiden Fällen hafte ich nur für *dolum malum* und *culpam meam*, aber im ersteren, wo ich die freie Auswahl hatte, muss ich, wenn dieser von mir gewählte Sklave durch seine Nachläss-

1) l. 2 § 1, l. 3 § 1 de a. e. v., l. 68 § 1 C. E., l. 3 P. et C.

sigkeit dein Gespann beschädigt hat, *illam quoque culpam*¹⁾ vertreten, dass ich einen Menschen ausgewählt habe, der dich beschädigt hat. Das heisst also: die Schuld, wegen deren ich hafte, besteht in der Anstellung des schädigenden Sklaven. Für die Annahme, dass bei der Auswahl des Sklaven ich hätte vorsichtiger sein müssen, fehlt in der Stelle jeder Anhalt²⁾. Auch hier wie in l. 10 § 1 comm. hafte ich, wenn ich den Sklaven gewählt habe, aus demselben Grunde, wie du, wenn du ihn bestimmt hast³⁾, also nicht, weil ich gegen die Pflicht zur *diligentia in eligendo* gefehlt hätte, sondern weil ich die Beziehung zwischen dem Sklaven und dem Gegenstande des Schadens auf Grund meiner Obligation hergestellt habe.

An l. 60 § 7 loc. schliesst sich inhaltlich an l. 62 § 5 de furtis. Die Entscheidung gründet sich in ihr darauf, dass ein bestimmter Sklave gekauft werden sollte, dass also der Auftraggeber, nicht der Beauftragte die Auswahl vorgenommen, den Sklaven mit der Sache, die er nachher gestohlen hat, zusammengebracht hat. Deswegen muss der Auftraggeber für diesen Diebstahl eintreten, als für eigene Schuld. Nun kommt zwar die Begründung des Afrikanus, aber diese ist offensichtlich falsch. Afrikanus sagt: Wer den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sklaven schädlicher Natur zu kaufen, ist in Schuld, wenn dieser Sklave wirklich den Mandatar geschädigt hat. Denn auch der Deponent eines solchen haftet für dessen Diebstahl als wegen eigener Schuld, weil er den Depositar hätte warnen müssen. Damit widerspricht sich Afrikanus selbst; denn er hat zuvor angenommen, Mandant und Deponent seien in Unkenntnis über diesen Fehler des Sklaven. Er müsste also, um sich getreu zu bleiben, be-

1) Man streitet, ob unter dem „*illam quoque culpam*“ eine Schuld des Herrn oder des Sklaven zu verstehen sei. Gewiss eine Schuld des Herrn: die Thätigkeit des Sklaven wird in der Stelle als *negligentia* gekennzeichnet. Gleicher Meinung Ubbelohde S. 281, Windscheid II S. 511, anderer Burchardi S. 129.

2) Der Conjunctiv „*adficeret*“ wird regiert vom *accusativus cum infinitivo*, nicht vom *Relativum*. Aber auch in diesem Falle würde er nur eine Eigenschaft des Sklaven, nicht eine Pflicht des Schuldners, sie zu kennen, andeuten.

3) Eine eigentliche Haftung liegt ja in diesem Falle nicht vor, aber doch die Tragung eines Schadens.

haupten, dass der Deponent sich darüber zu erkundigen gehabt hätte, ob der Sklave schlechte Eigenschaften habe. Dann müsste aber der Deponent von der Haftung frei sein, wenn die sorgfältige von ihm angestellte Nachforschung nichts ergeben hat, z. B. weil der Diebstahl das erste Vergehen des Sklaven war. Diese Consequenz würde aber mit der Entscheidung des Afrikan im Widerspruch stehen. Denn der Herr soll für den Sklaven immer haften, weil der Mandatar und Depositär von ihrer ohnehin unentgeltlichen Besorgung der Angelegenheiten des Mandanten und Deponenten nicht auch noch positiven Nachteil haben sollen. Dieser Grund Afrikans hat Sinn; eine Konstruktion der Haftung enthält er freilich nicht.

Weiter ist anzuführen l. 13¹⁾ § 5 in Verbindung mit l. 62 loc.

Nach ersterer Stelle steht der Steinschneider ein für *imperitia facientis*, während der locator den *vitio materiae* entstandenen Schaden trägt. Die Unbestimmtheit des Wortes *facientis* allein lässt es schon zu, die Haftung des Meisters auch für die *imperitia* von Gehülfen anzunehmen. Genötigt wird man zu dieser Interpretation durch den Gegensatz zum *vitium materiae*. Derselbe beruht darauf, dass den zu bearbeitenden Gegenstand, bei einem Bau den Baugrund [l. 62, l. 22 § 2 loc., l. 20 C. E.], der locator herzugeben hat, dass dagegen der redemptor bestimmt, was damit geschehen solle. Den Gegensatz zum *vitium materiae* bildet also das *vitium operis* [l. 62] und da in l. 13 § 5 der Gegensatz erschöpfend sein soll, so muss die *imperitia facientis* gleichstehen dem *vitio operis*²⁾, d. h. der Meister haftet für allen Schaden, der auf Grund der Arbeit vorgekommen ist, auch für Gehülfen. Denn er hat sie in Ausführung des ihm obliegenden *opus* in Thätigkeit gesetzt.

1) S. auch l. 27 § 29 ad leg. Aqu. vergl. S. 32 A. 5 a. E. — Zu l. 62 loc. vergl. l. 36, 37, 59 eod.

2) Man kann das so ausdrücken: der redemptor haftet für das *vitium operis*. Dieses bildet den Gegensatz zum *vitium materiae* [und zur *vis maior*]. Als *materia* kommt aber nur in Betracht die vom locator gelieferte, beim Bau also in der Regel nur der Boden. Die vom redemptor gelieferte *materia* fällt unter das *opus* [s. H.-G.-B. art. 395, 400, Eger, Frachtrecht I S. 371].

Desgleichen erhellt die alleinige Wesentlichkeit der Anstellung eines schuldhaften Gehülfen durch den Schuldner aus l. 5 § 13 comm.¹⁾ Sie lautet paraphrasiert: Wenn du mich gebeten hast, mir einen bestimmten Sklaven mit einer Schüssel zu leihen und zwar den Sklaven, damit er die Schüssel trage, und wenn der Sklave diese Schüssel verliert, dann trägst du den Schaden, denn du hast ja gebeten, dass ich dir die Schüssel leihen und sie dem gleichfalls von dir erbetenen Sklaven geben solle.

So heisst es auch in l. 2 § 1 si mensor: Wenn du die Messung dem Titius überträgst und wenn dieser dabei betrügerisch verfährt, so hast du den Schaden zu tragen. Denn du bist [in Folge dessen] in Dolus. Schuld auf Seiten des delegirenden mensor wird nicht erwähnt²⁾, sie müsste auch dolus oder lata culpa sein, und es würde sich dann die Haftung nicht auf dolus des Untermensors beschränken.

Das gleiche Resultat ergibt l. 19—24 pro socio. Die Haftung des Gesellschafters für den von ihm weiter Beteiligten wird nicht darauf gestellt, dass er ihn in fahrlässiger Unkenntnis seiner Fehler oder sonst unerlaubter Weise²⁾ an seinem Gesellschaftsanteil unterbeteiligt hätte, sondern als Grund gibt die Stelle an: „quod ipse solus admisit“, und die Haftung fällt weg, „cum ambo eum praeponamus“. Auch hier also wird die Anstellung einer solchen Person, welche damnum culpa praebuit, dem Herrn als Schuld zugerechnet. Auch die compensatio commodi cum damno, die in l. 23 § 1 versagt wird³⁾, lässt sich als möglich überhaupt nur vorstellen, wenn der Socius allgemein für den Schaden einzustehen hat, den sein Unterbeteiligter der Gesellschaft gebracht hat.

Mit nackten Worten spricht l. 20 § 2 praeser. verb. die Thatsache der Haftung des Schuldners für die Gehülfen aus, denen er die Bewahrung und Überbringung der zu leistenden Sache aufgetragen hat. Er haftet zwar nur für dolus und eigene culpa, aber jedenfalls auch für die culpa dieser.

1) Leonhard S. 354 gibt von ihr eine ganz unmögliche Erklärung. Von Aufsicht und Instruktion ist in der Stelle gar nicht die Rede.

2) Auch liegt kein Verbot vor, s. Text zu Anm. 4 S. 33.

3) S. aber zu dieser Frage l. 11 neg. gest.

Den Sinn des *eligere* der Gehülfen, als worauf die Quellen die Haftung des Schuldners für sie begründen, bringt endlich zu vollkommenem Ausdrucke l. un. § 6 *furti adv. naut.* ¹⁾. Darnach haftet der Wirt für *Chambregarnisten*, nicht aber für durchreisende Gäste, und zwar weil er die ersteren jederzeit ausweisen kann und nicht aufzunehmen braucht ²⁾, den letzteren aber die Aufnahme nicht versagen darf, weil er also in Bezug auf erstere freie Wahl hat, letzteren gegenüber nicht. Eine *culpa* bei der Auswahl ist hier ganz ausgeschlossen. Es kommt an lediglich, ob er frei gewählt hat, allgemein ausgedrückt, ob er die Beziehung zwischen dem Dritten und dem Gegenstand des Schadens durch seine freie Handlung gesetzt hat. Damit erklärt sich dann auch, dass von keiner einzigen Quellenstelle die Haftung des Herrn für Gehülfen oder die ihnen gleichstehenden Personen und Sachen auf mangelhafte Aufsicht oder Instruktion begründet wird.

Nun erhalten auch l. 65 pr. de usufructu, l. 25 § 7 loc. volles Licht. Es ist in der That für den Grund der Haftung gleichgültig, ob man das *suo suorumque facto* von Handlungen des Prinzipals zusammen mit Handlungen der Dritten versteht oder von Handlungen entweder des einen oder der anderen. Die Schuld seiner Leute versetzt eben den Prinzipal in Schuld. Ja dies *suo suorumque* allein beweist fast die rechtliche Gleichheit der Wirkungen der Handlungen beider. Denn in dieser Phrase werden von den Quellen unter den „*sui*“ Personen verstanden, die in der gerade zur Rede stehenden Beziehung dem Prinzipal gleichstehen, die wie er das zum Gebrauch vermachte Haus bewohnen dürfen ³⁾, die, wenn sie aus dem Fenster Sachen auf die Strasse werfen, den Prinzipal verpflichten, als hätte er den Wurf gethan ⁴⁾, die so gut, wie der Prinzipal, durch Handeln *vi aut clam*

1) Die Stelle spricht allerdings von der Haftung aus einer Strafklage, aber es ist nicht zu verkennen, dass sie dieselbe auf das allgemeine Prinzip der Haftung für Dritte zurückführen will. S. auch l. 7 § 4 *nautae*, l. 1 § 4 de *his qui eff.*, l. 3 pr. de *publ.*, § 2, ult. I. de *obl. quae quasi ex del.*, l. 5 § 5. 6 d. O. et A., l. un. § 5 *furti adv. naut.*

2) Das Verhältnis des § 6 cit. zu l. 1 § 1 *nautae* interessirt hier nicht.

3) l. 2, 8 pr. de usu, l. 11 pr. loc., l. 65 pr. de usufr.

4) l. 6 § 2 de *his qui eff.*

dem Gegner das entsprechende restitutorische Interdikt gegen den Prinzipal verschaffen¹⁾, deren Notzüchtigung Tötung des Notzüchtigers straflos macht, wie Notzüchtigung desjenigen selbst, der die Tötung vollzog²⁾, deren Beleidigung, wie eine gegen sie selbst gerichtete, Frauen das *iudicium publicum* eröffnet³⁾ —: deren Schuld also Schuld des Prinzipals ist.

Es mag endlich darauf hingewiesen werden, dass die Haftung auf Grund der Anstellung, der Herbeiführung der Beziehung zwischen dem schädigenden und dem beschädigten Moment vollkommen jenem anerkannten andern Prinzipie des römischen Rechts entspricht, nach welchem derjenige in erhöhtem Masse haftet, in dessen Interesse allein oder auf dessen Veranlassung wenigstens das Geschäft in's Leben gerufen worden ist⁴⁾. Die Verwandtschaft beider Prinzipien wird von den Quellen sehr oft dadurch anerkannt, dass sie beide zusammenstellen und erst mittels des einen die Haftung aus den Contrakten im Allgemeinen⁵⁾, dann mittels des anderen die Haftung für Dritte insbesondere bestimmen⁶⁾. Beide Male wird die Entscheidung verstellt darauf, wer den Willen oder das Interesse geliefert hat, auf Grund dessen das Geschäft, die culpa des Schuldners und die culpa der Dritten erwachsen ist.

IV. Kapitel. Die Construction der Haftung.

§ 14.

Der Herr haftet also für die Schuld der Personen, die er als Schuldner an- oder aufgenommen, für die Fehler-

1) l. 5 § 8 quod vi aut clam.

2) l. 1 § 4 ad leg. Corn. de sic.

3) l. 3 § 11 de hom. lib. exh., l. 1 § 10 ad Sct. Turp.

4) l. 5 § 2, l. 18 pr. § 1, l. 5 § 14, l. 12 § 1 comm., l. 14 pr. R. C., l. 17 § 1 praescr. verb. u. a. m. Göschen, Vorlesungen üb. d. gem. Civ.-R. § 391 und vorzügl. Ihering, Schuldmoment S. 53 fg.

5) Denn auch das die Haftung im Allgemeinen regelnde Prinzip zeigt sich fruchtbar weniger in der Klassifizierung der Obligationsgattungen, als vielmehr in der Bestimmung, wie weit in den einzelnen, derselben Obligationsgattung angehörigen, Fällen die Haftung gehe. S. Ihering a. a. O.

6) l. 10 § 1, l. 12 pr. comm., l. 13 § 5, l. 60 § 7 loc., l. 20 § 2 praescr. verb., l. 62 § 5 de furt.

haftigkeit der Sachen, deren er sich bedient hat, als wenn er dadurch selbst in Schuld geraten wäre. Nun ist aber die Schuld der Gehülfen, die Fehlerhaftigkeit der Sachen für ihn oft genug reiner Zufall. Dass er für den Zufall haftet, wird als Haftung für Schuld bezeichnet — wie löst sich dieser Widerspruch?

Wenn er sich nämlich nicht löst, dann wird man zwar deswegen noch nicht sagen können, dass darum die These, in der er sich findet, unrichtig sei. Denn er betrifft ja nicht die thatsächlichen Voraussetzungen der Haftung, sondern nur die Konstruktion. Es würde schwarz genannt, was weiss ist; aber das Weiss hört darum nicht auf, seine Besonderheiten zu haben, dass man es schwarz nennt. Immerhin, es würde diese falsche Rubrizierung durch die Quellen der ganzen Lehre etwas Schiefes und Zweideutiges geben. Es wäre darum erfreulich, wenn sich eine Erklärung für die Konstruktion der Quellen finden liesse, welche die These in das Gebiet des normalen Rechts einrückte.

Man darf freilich als eine solche nicht den Satz aufstellen, dass die „culpa“ allmählich, gerade auch durch die Statuierung der Haftungspflicht für Dritte, einen über Schuld, über die Verletzung der Pflicht zur höchsten diligentia, hinausgehenden Inhalt erhalten habe, dass die culpa zur Veranlassung geworden sei¹⁾. Andererseits darf man aber auch hiergegen nicht einwerfen, dass damit eine Haftung jedermanns in's Ungemessene begründet würde²⁾. Denn das Recht kennt Fälle, in denen der entscheidende Umstand lediglich in der Veranlassung beruht, welche die eine oder andere Partei zu einem gewissen Ereignisse gegeben hat. Es werden mehrfach Rechtswirkungen davon abhängig gemacht, si non per eum stet quo minus . . und dies stare per eum quo minus . . . braucht keine Schuld des Betreffenden zu begrün-

1) So haben bei der Erörterung der Haftung für das Mittel der Erklärung des Contraktwillens die culpa aufgefasst Fuchs im civ. Arch. XLIII S. 94 fg., Köppen, dogm. Jahrb. XI S. 384 fg. Aber s. Windscheid, Pand. II § 307 n. 5, § 315 n. 7. In gleichem Sinne fasst im gutachtlichen Teile seiner Arbeit die culpa hinsichtlich der Arbeiter des Schuldners Dreyer S. 97 fg. [über Ihering, auf den er sich beruft, s. Anm. 3 S. 66], ferner Jaques S. 90, 134. Aber s. Enneccerus S. 106 fg.

2) Wie dies thut Enneccerus S. 108.

den¹⁾. Gerade bei der Haftung für Dritte liesse sich die Veranlassung, derentwegen gehaftet wird, ganz wohl objectiv umgrenzen: sie muss in Handlungen des Schuldners bestanden haben, die ihm oblagen und zustanden. Der Fehler dieser Erklärungsweise liegt vor allem darin, dass im Allgemeinen culpa auch heute noch ein zu misbilligendes Verfahren²⁾ bezeichnet und dass sie nicht erklärt, wie in dem Sonderfalle der Haftung für Dritte das Wort zu einer anderen Bedeutung komme. Auch steht sie mit den Quellen in unauflöslichem Widerspruche. Denn veranlasst hat der Schuldner den Diebstahl des Gehülfen so gut, wie dessen Sachbeschädigung, aber er haftet nur für die Sachbeschädigung, nicht für den Diebstahl.

Von anderer Seite ist denn auch nicht behauptet worden, dass die culpa den Herrn für die Dritten haftbar mache, weil sie Veranlassung sei, aber dass sie es thue, weil aus Gründen der Zweckmässigkeit hier das Erfordernis des eigenen Willensfehlers ohne Berücksichtigung des concreten Thatbestandes, ein für alle mal angenommen worden sei³⁾. Für's historische Recht ist diese Ansicht richtig, für die Dogmatik unseres Rechtes ist sie zurückzuweisen.

Das Schwergewicht im Begriff der alt-römischen culpa⁴⁾

1) Dreyer S. 97. So z. B. in l. 23 de cond. inst., c. 66 d. R. J. in 6^o. [dass letztere inhaltlich nicht zutrifft, ist an diesem Orte gleichgültig].

2) Windscheid, Pand. I S. 293. Siehe auch die Bestimmungen des Begriffs bei Hasse, die culpa des R.-R. S. 1—72, v. Löhr, Theorie der culpa S. 1 fg., Mommsen, mora S. 345 fg.

3) Das ist Ihering's Auffassung, s. Schadensers. bei nicht. Verträgen, dogm. Jahrb. IV S. 34 fg. [für die Frage der Haftung für Boten in contrahendo], daselbst S. 83 fg., Schuldmoment S. 38 A. 43 [für die der Haftung für Gehülfen in solvendo]. Er nimmt culpa nicht als Veranlassung, sondern führt aus, dass, um zur unbedingten Haftung für Gehülfen zu gelangen, die Juristen in diesen Fällen den Begriff der culpa „bis zur Unkenntlichkeit“ erweitert hätten, weil eben Haftung ohne Schuld ihnen unmöglich erschienen sei. — Für einige Fälle der Haftung aus Strafklagen vertritt denselben Gesichtspunkt Goldschmidt, Verantwortl. S. 340.

4) Die Geschichte der Begriffe culpa, diligentia und custodia und damit die Bildungsgeschichte des römischen Schuldbegriffs hat geschrieben Pernice in seinem Labeo II S. 231—360. Die Ausführungen des Textes beruhen wesentlich auf dieser Untersuchung, deren Feinfühlig-

vor ihrer Modernisierung durch Julian, lag darin, dass sie eine positive Handlung darstellte, durch welche jemandem eine Sache beschädigt oder entzogen wurde¹⁾. Die Handlung musste unrecht sein. Dass aber diejenige Handlung oder Begebenheit, welche den Schaden herbeigeführt hatte, auch zu vermeiden gewesen wäre, dieses Erfordernis hat sich die damalige Zeit nicht klar zum Bewusstsein gebracht. „Nicht das Fehlen des Schuldbegriffs, sondern nur eine mangelhafte Abgrenzung und damit gerade eine ungebührliche Ausdehnung desselben, das Heranziehen des Casuellen in das Gebiet des Verschuldeten charakterisiert jene . . . primitive Epoche der Rechtsentwicklung“²⁾.

Unter der Geltung dieses culpa-Begriffes ist der Satz entstanden, dass der Schuldner wegen culpa für Dritte, aber schlechthin für sie einstehe³⁾. Dass ihn in Wahrheit keine

keit gegenüber dem Inhalt der Quellen nicht übertroffen werden kann. Moritz Voigt [„Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öconomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke“ i. d. Abhandlungen der phil.-hist. Klasse der Kgl. sächs. Gesellsch. d. Wissenschaften Bd. VI 1872 n. I S. 6—17, 81—89] behauptet, im älteren römischen Recht habe es unter dem Namen casus einen dem unsrigen ganz entsprechenden Begriff der Fahrlässigkeit gegeben. Die Sache liegt gerade umgekehrt: Fälle, die ursprünglich keine Haftung, keine Strafe zur Folge hatten, wurden später, als sich die Strafbarkeit der Nachlässigkeit entwickelte, unter diesen neuen Begriff gestellt, ohne aber sofort die hergebrachte Bezeichnung als casus zu verlieren. So erklären sich l. 9, 11 de inc. ruin. naufr., l. 11 § 2 de poenis, l. 28 § 12 eod., § 3 I de leg. Aqu. — Darüber, dass Fahrlässigkeit im älteren Rechte nichts straffällig machte, s. Pernice S. 244, Ihering, Schuldmoment S. 4—11 S. 40. — Übrigens hat culpa von jeher auch eine ganz allgemeine, aber juristisch nicht verwendete Bedeutung gehabt.

1) Man darf aber nicht fortfahren: und „wodurch die Substanz eines Körpers verletzt wird“ [Hasse S. 28]; denn auch Entwendung und manumissio [des geschuldeten Sklaven] gehört hierher. S. Pernice S. 270—275. S. auch Entsch. des R.-O.-H.-G. VII S. 55, wonach es darauf ankommt, „dass die Sache für den Eigentümer nicht mehr existirt.“

2) Hölder in seiner Kritik über eine Schrift von Kniep [Contractsculpa], krit. Vierteljahrsschrift XVI S. 542. Die kritisierte Schrift selbst stand mir nicht zu Gebote.

3) S. l. 20 § 2 praescr. verb. [Labeo], l. 27 § 11 ad leg. Aqu.

Schuld traf, fiel um so weniger auf, als auch nach dem Recht der custodia der Schuldner für seine Gehülfen haftete, ohne dass er in der Lage gewesen wäre, deren schadende Handlungen abzuwenden¹⁾.

So hatte sich ein sicheres Recht gebildet, wennschon in Folge unvollkommener Begriffsentwicklung. Es haftete der Schuldner für die Schuld der von ihm angenommenen Dritten, für die Fehlerhaftigkeit seines opus und der von ihm beigebrachten Sachen. Da kam die julianische Reform. Culpa und Handeln gegen diligentia werden „indifferenziert“, culpa geht nie weiter, als die Pflicht zu bestimmten Handlungen und diese Pflicht nie weiter, als die Möglichkeit, die Handlungen vorzunehmen²⁾. Damit vertrug sich freilich die alte Haftpflicht nicht. Denn es lag auf der Hand, dass der Schuld-

[Proculus] l. 45 § 1 fam. erc. [Pomp. ad Sabinum], l. 5 § 7 comm. [Namus, Fabius Mela] l. 5 § 13 eod. [Curtius], § 14 eod. [Labeo], l. 11 eod. [Paul. ad Sabinum], l. 20 eod. [Iul. ad Urseium Ferozem], l. 12 [11] P. C. [Alfenus Varus], l. 13 § 1 loc. [Labeo], l. 62 loc. [Labeo].

1) Denn die alte custodia geht bis zur Grenze von vis maior, ja ursprünglich noch weiter: s. l. 40, 41 loc., l. 19 comm. l. 3 § 1 nautae, Pernice S. 338 fg. Auch diese Haftung wird zurückgeführt auf die Verletzung der Pflicht zur fides: c. 4 § 2 de loc. vergl. l. 1 § 1 nautae. Pernice S. 349.

2) Ich nenne hier Julianus, wiewohl nicht er allein diesen Gedanken vertreten hat. Siehe schon die constitutio veterum der l. 91 § 3 V. O. Der Umschwung vollzieht sich ziemlich gleichzeitig auf zwei Gebieten: In Obligationen wird allmählich dolus und culpa allgemeiner Haftungsgrund. Diese Entwicklung ist aber im römischen Rechte nicht zu Ende geführt. [A. M., aber ohne genügenden Grund, v. Bethmann-Hollweg, Anhang IV zu Hasse's Culpa]. Auch nach der const. veterum haftete der Schuldner nicht für dolus in non faciendo [Hartmann, Obl. S. 224, 252 fg., Pernice S. 269]. Ursprünglich haftete der Schuldner ad dandum ja nicht einmal für dolus in faciendo [l. 91 § 3 cit., § 1 eod. in Verbindung mit l. 69 V. S., l. 19 § 1 iud. solv. s. Rudorff zu Puchta Inst. III § 232 Anm. h*]. Ferner aber werden die Schuldbe-
griffe selbst theoretisch festgestellt. Hierauf fusst der Text. — Siehe für das heutige Recht Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts (3. Aufl.): „die Gesetzwidrigkeit der Willensbestimmung bei der Culpa setzt . . . voraus 1) das Dasein dieser Verbindlichkeit“ [sc. „zum gehörigen Fleisse“] „für jene Person überhaupt“, Ihering, Schuldmoment S. 52: „die Möglichkeit einer Pflichtverletzung reicht nicht weiter, als die Pflicht selber.“

ner oftmals nicht in der Lage war, den Schaden, den die Dritten verursacht haben, abzuwenden. Allein die neue Theorie vermochte das im Verkehr einmal eingebürgerte Recht nicht zu beseitigen¹⁾. Das Bestreben der Juristen aber ging dahin, die Kluft zwischen ihrer Lehre und dem Recht des Verkehrs zu überbrücken. Mehr oder minder geschickt haben sie zu beweisen versucht, dass der Prinzipal, der immer für Dritte haftet, auch immer in Schuld sei²⁾, aber sie haben natürlich das Unmögliche nicht möglich machen können. Sie haben schliesslich vom Prinzipal in allen Fällen gesagt, er sei in culpa, auch wo er es nicht ist, und so durch den Gebrauch des Worts sich über den Mangel der Sache hinweggeholfen³⁾. So ist der Satz in die Quellen gekommen, dass es culpa des Schuldners sei, wenn unter gewissen Voraussetzungen dritte Personen und Sachen den Gläubiger schädigen.

Soll nun die heutige Wissenschaft, wie damals die julianische, sich weiter in dem Versuch verzehren, die Schuld jemandes an einem Ereignisse nachzuweisen, an dem er nach dem Begriffe, den wir sonst von Schuld haben, eben nicht Schuld ist? Sie käme schliesslich auf diesem Wege bei einer Fiktion⁴⁾ oder einer praesumptio iuris et de iure an. Dass aber Fiktionen und solche Präsumtionen das wahre Wesen eines Rechtssatzes mehr verdecken, als erläutern, leuchtet

1) Wie sie ja auch vor der Haftung aus dem Mandat Halt gemacht hat.

2) So African [also vielleicht auch Julian] in l. 62 § 5 de furtis. Dieser Versuch ist schon gewürdigt. Ferner l. 7 § 4 nautae, l. 3 pr. de publ., l. un. § 4 furti adv. nautas, l. 5 § 6 O. et A. Hierher gehören auch die Bekenntnisse der Juristen, dass eigentlich eine Schuld des Herrn nicht vorliege: l. 11 pr. loc. [quasi ob propriam culpam], l. 23 pr. pro socio [difficile est negare] l. 62 § 5 de furtis [culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse qui . . .] l. 5 § 6 de O. et A. [aliquatenus] u. a. m.

3) Es ist bei Erläuterung der einzelnen Stellen schon darauf hingewiesen, dass, wiewohl der Thatbestand eine Schuld des Herrn nicht ergibt, die resumirende Begründung eine solche annimmt. S. auch l. 27 § 9 de leg. Aqu. [neglegentia in eligendis], l. 11 pr. loc. [culpam in inducendis].

4) In der That wird eine solche die Ihering'sche Construction im einzelnen Fall oft zur Folge haben.

ein. Was fingiert wird, ist gewiss nicht, was präsumiert wird, möglicherweise nicht wirklich. Eine Fiktion stellt das zu ordnende Verhältnis unter ein Recht, das nicht ihm, sondern einem andern Verhältnisse entspringt, eine Präsumtion stellt das ganze Verhältnis unter Regeln, die nur aus der Natur eines Sonderfalles desselben geschöpft sind. Ziel und Verdienst der Rechtswissenschaft dagegen ist, jedem Falle sein eigenes Recht zu gewähren „durch Aus- und Aufbau seines Materials“¹⁾, dadurch, dass sie nicht zu Gunsten eines Prinzipes die Thatsachen beugt²⁾, sondern dass sie das Recht, welches auf Grund eines besonderen Thatbestandes entsteht, als eigentümlich und selbständig anerkennt. Erst die so im Einzelnen als thatsächlich festgestellten Rechtssätze darf sie — und das ist die höchste Thätigkeit — zu weiteren Prinzipien und zu einem ganzen Systeme durch Rechtsanalogie erweitern³⁾. Dieser Aufgabe wird man nur entsprechen, wenn man rückhaltlos anerkennt, dass der Schuldner für die Dritten nicht wegen eigener Schuld haftet.

Aber, wird man einwenden, weswegen soll er denn haften, wenn nicht wegen seiner Schuld? Ohne Schuld keine Haftung, das ist ein Fundamentalsatz des Rechts⁴⁾. Das ist

1) Worte v. Gerber's [System des deutschen Privatrechts § 30].

2) „Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat“
l. 1 R. I.

3) S. Windscheid Pand. I § 22, 23.

4) Als solchen erklären ihn ausdrücklich v. Wyss a. a. O. S. 1, Wäntig a. a. O. S. 1 und implicite alle Vertreter der culpa in eligendo als des Haftungsprinzipes für Dritte. Es verwirft ihn ausdrücklich Löning a. a. O. S. 7 u. 8, Leonhard a. a. O. S. 351; dieser aber nimmt ihn doch wieder zum Ausgangspunkt seiner Arbeit, wie sich am besten aus seiner Einleitung ergibt. Eine glänzende Ausführung hat der Satz gefunden in Ihering's Schuldmoment, der sich dahin resolvirt: „dass nicht der Schaden als solcher, sondern lediglich die Verschuldung eine Verantwortlichkeit für die That und damit die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet.“ Aber bewiesen hat diesen Satz auch Ihering nur dadurch, dass er zuweilen culpa nennt, was im einzelnen Fall keine ist; s. Anm. 3 S. 66. Bei der Eviktion liegt Schuld nicht vor, hier hat das Recht vielmehr schon den objectiven Standpunkt eingenommen, den Ihering an Stelle seiner culpa in contrahendo anstrebt [warum nicht auch an Stelle der culpa in contrahendo, die im Contraktsabschluss durch den Nichteigentümer liegen soll? S. 46 vgl. S. 38 n. 73].

er nicht. Axiome, wie in der Geometrie, gibt es im Recht nicht, und in den Quellen steht er nirgendwo geschrieben. Das war eben der Irrtum des grossen Julian, dass er das Obligationenrecht behandelte, als sei es nichts, wie ein System von Folgen des Unrechts. Er und die ihm gefolgt sind, haben die Fälle verkannt, in denen der einen Partei dadurch, dass die andere mit ihren Sachen zu thun hatte, ein Schaden erwachsen ist, wiewohl keine von ihnen irgend welche Schuld trifft. Das empfanden auch sie, dass es eine crasse Unbilligkeit sein würde, wenn hier der Verlust immer den treffen sollte, dem die Sache gehörte, blos weil sie ihm gehörte. Denn die andere Partei zog durch die Benutzung derselben, durch ihre Thätigkeit an derselben ebenfalls von der Sache Vorteil¹⁾. Es erschien ihnen als eine schreiende Unbill, dass, wer sich eine Sache geliehen hat, umsonst und nur zu eigenem Nutzen, dass der den Verlust derselben durch Ungeschick des von ihm erwählten Boten nicht tragen solle, wenn er nur keine Schuld begangen habe. Aber nicht viel weniger hart würde es sein, wenn der Eigentümer der Sache, weil auch er, aber doch nicht nur er, aus der Verbindlichkeit Vorteil gezogen hat, allein diesen Zufall tragen sollte. Die Schalen der Wage der Justitia schweben in gleicher Höhe: Vorteil hat jede der Parteien gehabt, Schuld keine. Da senkt sich in die Schale der einen als Gewicht der Umstand, dass sie es war, die den Verursacher des Schadens an die Sache herangebracht hat, und so klein das Gewicht dieses Umstands sein mag, es genügt, um die Schale zum Sinken zu bringen: diese Partei muss den Schaden tragen. Das ist der Gedanke, der das Recht der Haftung für Dritte gestaltet hat²⁾. Der Schuldner und der Gläubiger, beide haben den Schaden nicht verursacht, aber der Schuldner hat doch mehr gethan als der Gläubiger, auf Grund welchen Thuns endlich

1) Dieser Gesichtspunkt ist deutlich hervorgehoben von Afrikan in l. 62 § 5 de furtis im Anfang.

2) Wir sind ja nicht an die Konstruktion, nur an die Entscheidung der römischen Juristen gebunden. Nehmen wir doch auch nicht an, dass das receptum nautarum Anwendung findet, damit nicht unsern Schiffen materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi [l. 1 § 1 nautae]. — Den im Text ausgeführten Gedanken hat angedeutet Dreyer in den Verhandlungen S. 116, 117.

der Schaden eingetreten ist. Die Erörterung der Haftung des Schuldners gehört daher nicht nur in die Lehre von Schuld, sondern auch in die von der Verteilung des Zufalls¹⁾, und hier gerade liegt das Prinzip der Haftung des Schuldners für Dritte²⁾.

1) Will man ein Schlagwort, so sage man nach dem Vorgange des französischen Rechts, dass der Schuldner von Rechtswegen die Garantie für die von ihm zum Gegenstande des Schadens in Beziehung gesetzten Personen und Sachen zu leisten hat [code civil art. 884, 1628, 1641, 1721, 2270, c. de comm. art. 140 s. auch Sainctelette, de la responsabilité et de la garantie, Paris et Brux. 1884. Ich citiere nach den Auszügen in der Zeitung La Loi vom 11. Dez. 84]. S. auch Reichspostgesetz vom 28. X. 71, Abschn. II.

2) Es bleibt noch ein Punkt zu besprechen. Das Vorgetragene ist römisches Recht; ist es auch gemeines? Die Frage ist prinzipiell gewiss zu bejahen [so auch Goldschmidt i. d. ang. Abhdlg]; denn das Haftungsrecht überhaupt ist römischen Ursprungs. Ob es aber nicht bei diesem oder jenem Rechtsinstitute besondere Bestimmungen deutschrechtlicher Herkunft gebe, darüber lässt sich nicht ohne weiteres absprechen. [Für's Staatsrecht s. Löning a. a. O. S. 26 fg.] Wahrscheinlich ist es nicht. Eine Untersuchung hierüber würde den Rahmen dieser Arbeit überschritten haben; denn es hätten zu viele Lehren herangezogen werden müssen, als dass das Resultat sich hätte auf einzelne Abweichungen des deutschen Rechts vom römischen lediglich in dieser Frage beschränken können.

Danksagung.

Am Schlusse meiner ersten wissenschaftlichen Arbeit erübrigt mir, einer schönen Sitte zu folgen und den Lehrern der Wissenschaft zu danken, deren Unterricht ich genossen habe. Den Herren Professoren und Dozenten Beseler, Endemann, Friedberg, Gneist, Goldschmidt, Hälschner, Landsberg, Lörsch, Maurer, Nasse, Roscher, Schmidt von Ilmenau, de Senarclens, G. Voigt, Wach, Witte und vorzüglich den Herren Professoren Binding und Zitelmann spreche ich hiermit auch an diesem Orte den warmen Dank ihres Schülers aus.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 28. Januar 1864 zu Kassel als Sohn des damaligen Kurfürstl. Hessischen Oberfinanzassessors, jetzt Kgl. Preussischen Geheimen Regierungsrates Wilhelm Rang und Frau Anna geb. Kettembeil. Nachdem ich in Ürdingen am Rhein Privatunterricht erhalten und in Potsdam die Gymnasialvorschule besucht hatte, machte ich in Köln von Michaelis 1871 bis Ostern 1881 das Gymnasium an der Apostelkirche durch. Studiert habe ich an der Akademie zu Lausanne und auf den Universitäten Leipzig, Berlin und Bonn. Am 6. Dezember 1884 bestand ich in Köln die 1. juristische Prüfung, wurde darauf zum Referendar ernannt und stehe als solcher noch zur Zeit beim Kgl. Landgericht in Köln.

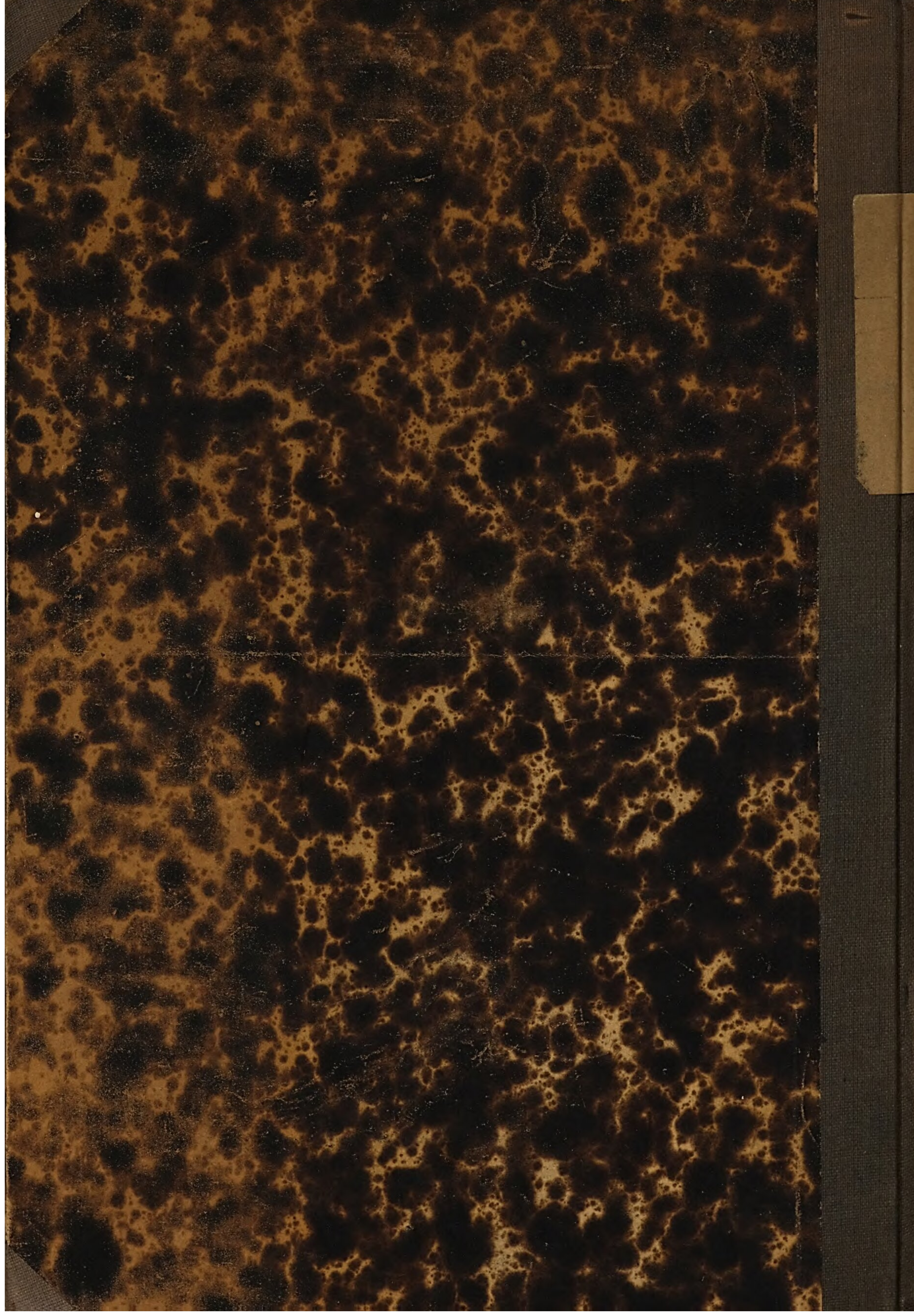
Thesen.

1. Wer für den Zufall haftet, hat im Zweifel nur den Sachwert zu ersetzen.
2. Das Handelsgesetzbuch kennt kein negatives Vertragsinteresse.
3. Verwechslung schliesst Zurechnung zum Vorsatz nicht aus.
4. Nach Rheinischem Recht hat der landwirtschaftliche Arbeiter wegen seines Lohnes ein der Eintragung nicht bedürftendes Privileg an dem Grundstück, auf dem er gearbeitet hat.
5. Der Papst ist souverain.

Opponenten

die Herren:

Referendar Dr. jur. Hermann Heyer.
Referendar August Mayer.
Referendar Dr. jur. Otto Rang.



Rang, Christian

Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht

1886

J.rom.m. 424 f

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637801-9